Die Berufstätigkeit der verheirateten Frau im Stande der Gütertrennung.

Inaugural = Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Kgl.
Universität Breslau vorgelegt von

WALTHER TRÖGER.

Breslau 1910.
Druck: Schlesische Druckerei-Genossenschaft, e. G. m. b. H.
Tauentzienstraße 49.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1	Einleitung	5
§ 2	Die Geschäftsfähigkeit der Frau	6
§ 3	Die §§ 1353 und 1354 BGB. als Grundlage der personenrechtlichen Stellung des Mannes gegenüber dem Berufe der Frau	7
§ 4	Das Untersagungsrecht des Mannes	18
§ 5	Das Recht des Mannes zu mittelbarer Einwirkung auf die Berufstätigkeit der Frau	23
§ 6	Die Durchführung der personenrechtlichen Ansprüche des Mannes	29
§ 7	Der Beruf der Frau als Anlass zur Scheidung	32
§ 8	Schadensersatzansprüche des Mannes wegen ehewidriger Berufstätigkeit der Frau	33
§ 9	Lösung des Widerstreits beruflicher Rechtspflichten mit den ehelichen Interessen	36
§ 10	Insbesondere das Kündigungsrecht des § 1358 BGB.	38
§ 11	Das eheliche Namensrecht und der Beruf der Frau	53
§ 12	Vertragliche Regelung der personenrechtlichen Verhältnisse der Eheleute zugunsten des Berufes der Frau	58
§ 13	Das Hausrecht an den Geschäftsräumen der Frau in der Ehewohnung	59
§ 14	Das Hausrecht an den abgesonderten Geschäftsräumen	61
§ 15	Der eheliche Wohnsitz	62
§ 16	Berufsgeheimnis, Geschäftsgeheimnis und Briefgeheimnis	63
§ 17	Tätigkeit des Mannes im Geschäfte der Frau	64
§ 18	Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und das eheliche Güterrecht	65
§ 19	Geltungsbereich der Gütertrennung	67
§ 20	Das eheliche Unterhalts- und Aufwandsrecht und das Geschäftsvermögen der Frau	68
§ 21	Der § 1362 BGB.	76
§ 22	Der § 45 der Konkursordnung	89
§ 23	Vertragliche Beschränkungen der §§ 1362,1 BGB. und 45 KO. zugunsten des Geschäftsvermögens der Frau	92
§ 24	Schluss	92

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543102_0064

§ 1. Einleitung.

Während in der Vergangenheit das Recht die Frau als solche in vielen Beziehungen zu beschränken und insbesondere in der Ehe dem Manne eine durchaus beherrschende Stellung einzuräumen pflegte, hat sich in neuerer Zeit, gefördert durch wirtschaftliche Verhältnisse, Selbständigkeit auch für die verheiratete Frau Bahn gebrochen. Der Verschiedenheit dieser Richtungen liegen die inneren Gegensätze zugrunde: Notwendigkeit der Sicherung eines festen Gefüges der Ehe als einer der wichtigsten Grundlagen des Staates und das moderne Bestreben, zwecklose Schranken der persönlichen Bewegungsfreiheit oder solche, die mehr schaden als nützen, niederzulegen. Aufgabe der Gesetzgebung ist es, beide Gesichtspunkte zu vereinen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt einen Teil seiner Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe, in der Mehrzahl personenrechtlicher Natur, einheitlich für alle Ehen; für die große Masse der Vermögensbeziehungen dagegen stellt es verschiedenartige Regelungen zur Wahl, solche, die in Anlehnung an deutschrechtliche Vorbilder die alte Vorherrschaft des Mannes bestimmen, und den dem römischen Rechte der freien Ehe verwandten Stand der Gütertrennung, welcher das Mindestmaß der güterrechtlichen Beziehungen darstellt, die im Sinne des Gesetzes normalerweise zwischen den Eheleuten bestehen sollen.

Im ordentlichen gesetzlichen Güterstande, dem der Verwaltung und Nutznießung des Mannes am Frauenvermögen, nächst dem der Gütertrennung dem freiesten,

ist die Frau selbständig, solange der Mann ihr Selbständigkeit gewährt. Solange aber die Eheleute einig sind, pflegen sie wenig nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Ehe zu fragen, und mit der Einigkeit der Eheleute endet auch die wirtschaftliche Selbständigkeit der Frau; der Mann ist in der Lage, einen Geschäftsbetrieb der Frau, zu dem sie ihres Vermögens bedarf, nach seiner Willkür lahmzulegen, und ehe das Gesetz ihr die Möglichkeit gewährt, rechtlich gegen böswillige und unlautere Machenschaften des Mannes einzuschreiten, kann ihr Geschäft zugrunde gerichtet und ihr Vermögen verloren sein.

Will sich daher die Frau zwecks Ausübung eines Berufes, soweit es mit den ehelichen Interessen vereinbar ist, den freien Gebrauch ihres Vermögens sichern, so wird sie gut tun, die Gütertrennung zu wählen. Die Darstellung ihrer beruflichen Rechtslage im Stande der Gütertrennung ist die Absicht der folgenden Arbeit. Nebenher wird gefragt werden, inwieweit darüber hinaus der Frau die Möglichkeit gegeben ist, durch Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen ihre Lage zu verbessern.

§ 2. Die Geschäftsfähigkeit der Frau.

Die Geschäftsfähigkeit der Frau erleidet keine Einschränkung durch die Eingehung der Ehe. Mangels einer entgegenstehenden Bestimmung finden die allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit auf verheiratete Frauen unverändert Anwendung (vgl. Mugdan S. 121).

Während bei den übrigen Güterständen das Gesetz die volle Geschäftsfähigkeit der Frau durch die Feststellung ihrer unbeschränkten Verpflichtungsfähigkeit außer Zweifel stellt, versteht es sich in der Gütertrennung von selbst, daß auch der Güterstand die Geschäftsfähigkeit der Frau unberührt läßt (vgl. Planck vor § 1426 Nr. 2).

Eine Folge der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, die unbeschränkte Prozeßfähigkeit, ist im § 52 ZPO. ausdrücklich hervorgehoben.

Die Frau ist daher, soweit ihr nicht andere Gründe entgegenstehen, als solche rechtlich unbeschränkt befähigt, einen beliebigen Beruf zu ergreifen oder fortzuführen (vgl. Planck § 1356,4). Das gilt, da sie insbesondere gewerbliche Unternehmungen betreiben kann, auch vom Betriebe eines Handelsgewerbes, daher gemäß § 1–3 HGB. vom Erwerbe und Besitze der Eigenschaft als Kaufmann (Handelsfrau) (vgl. Staub Einl. A. 39, 40).

Die Vorschrift des alten HGB., daß eine verheiratete Frau nur mit Zustimmung des Mannes Handelsfrau sein könne, wird durch das neue HGB. stillschweigend beseitigt, und der Antrag, dem BGB. die folgewidrige Bestimmung einzufügen, daß die Frau ohne Zustimmung des Mannes kein Erwerbsgeschäft betreiben könne, ist abgelehnt worden (vgl. Hahn-Mugdan S. 205; Mugdan S. 1218).

§ 3. Die §§ 1353 und 1354 BGB. als Grundlage der personenrechtlichen Stellung des Mannes gegenüber dem Berufe der Frau.

Ist hiernach die grundsätzliche Befähigung der Frau zur Ausübung eines beliebigen Berufes unzweifelhaft, so herrscht über die Frage, inwieweit der Betätigung dieser Fähigkeit die Rechte des Mannes an ihrer Person entgegenstehen, nichts weniger als Einigkeit. Bezüglich des Betriebes eines Erwerbsgeschäftes Dernburg (§ 35, IV): „Die Frau ist zum Betriebe eines selbständigen Erwerbsgeschäftes ohne Einwilligung des Mannes, auch gegen dessen Widerspruch, ... befugt. Der Mann hat keine rechtlichen Mittel, einen solchen Betrieb zu verhindern.“ Düringer-Hachenburg (Einl. A. 35): „Der Mann hat das Recht, der Frau den Geschäftsbetrieb zu verbieten.“

Diese Meinungsverschiedenheit ist die Folge der Uneinigkeit in der Auslegung der grundlegenden Bestimmungen über die ehelichen Pflichten, insbesondere über die Stellung des Mannes in der Ehe, die daher, soweit sie für die vorliegende Frage maßgeblich sind, der Erörterung bedürfen. Sie lauten:

§ 1353. „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.

Stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar, so ist der andere Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten. Das Gleiche gilt, wenn der andere Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen."

§ 1354. „Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu . . . .

Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt."

Über die sehr umstrittene Bedeutung dieser Bestimmungen ist aus ihrer Entstehungsgeschichte wenig zu entnehmen; denn die bei der Gesetzgebung Beteiligten haben selbst mit ihren Worten ganz verschiedene Bedeutungen verbunden (vgl. Mugdan S. 1305 f.). Es wird daher von dem Versuche einer einwandfreien Feststellung der sprachlichen Bedeutung auszugehen sein.

Das Wort Gemeinschaft, von Personen gesagt, bedeutet mit Beziehung auf einen bestimmten Gegenstand, daß dieser den Personen zugleich gehöre (z. B. Gütergemeinschaft). Diese Beziehung auf bestimmte Gegenstände fehlt im § 1353 trotz der Zusammensetzung „Lebensgemeinschaft"; denn das Leben eines Menschen ist, wenn man einen klaren Sinn sucht, nicht geeignet, zugleich einem anderen zu gehören. Gleichwohl verbindet Wetzel (S. 76) mit dem Worte Gemeinschaft die angegebene Bedeutung, indem er zwecks Bestimmung des Begriffes der ehelichen Lebensgemeinschaft die Gegenstände sucht, die geeignet seien, den Eheleuten gemeinschaftlich anzugehören. Diese Auslegung scheint sprachlich unrichtig zu sein. „Gemeinschaft" mehrerer Personen schlechthin, ohne Beziehung auf angegebene Gegenstände, hat einen ganz anderen Sinn, auf den übrigens Wetzel gegen seinen Willen selbst geführt wird. Denn auch das Wenige, was Wetzel als zweifellos

zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehörig gelten läßt (häusliche, Haushaltungs- und Geschlechtsgemeinschaft), läßt sich nur dann als den Eheleuten gemeinschaftlich bezeichnen, wenn man an die Stelle der von Wetzel gewünschten Bedeutung „zugleich angehörend“ die andere setzt „in verbindende Beziehungen bringend“. Das ist die andere Bedeutung, die dem Worte Gemeinschaft zukommt, wenn, wie im § 1353, die Beziehung auf bestimmte Gegenstände fehlt: Der Inbegriff irgendwie verbindender Beziehungen. Sie umfaßt den zuerst angegebenen Sinn; eine Gütergemeinschaft z. B. stellt zwischen den Mehreren verbindende Beziehungen her. Aber sie ist weiter; sie enthält z. B. den Begriff der geistigen Gemeinschaft.

Die Zusammensetzung „Lebensgemeinschaft“ kann sprachlich nichts anderes bedeuten, als daß die verbindenden Beziehungen das Leben der Eheleute in seiner Gesamtheit ergreifen.

Mit Unrecht werden vielfach die Begriffe Lebensgemeinschaft und gemeinschaftliches Leben einander gleichgesetzt; denn offenbar bezeichnet der Ausdruck „gemeinschaftliches Leben“ einen Inbegriff von Betätigungen, die von mehreren gleichzeitig und räumlich zusammen vorgenommen werden, während „Lebensgemeinschaft“ ein Verhältnis, und zwar ein an sich weder räumlich noch zeitlich bestimmtes Verhältnis, bedeutet. Von diesem Irrtume wird später mehr zu sprechen sein; hier ist nur darauf hinzuweisen, daß es unzulässig ist, auf ihn die Begriffsbestimmung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu gründen.

Das Beiwort „ehelich“ bedeutet entweder „in der Ehe, bei Eheleuten, tatsächlich vorhanden“ (z. B. ehelicher Rechtsstreit, eheliches Güterrecht) oder „ehegemäß“, „dem Wesen der Ehe entsprechend“. Die erste Bedeutung hat nur mit Beziehung auf bestimmte Ehen, bestimmte Eheleute, einen bestimmten Sinn. Da diese Beziehung im § 1353 nicht vorhanden ist, und da doch offenbar nicht irgend eine beliebige, sondern eine bestimmte Lebensgemeinschaft gemeint ist, die als Norm gelten soll, so kann dem Worte

nur die zweite Bedeutung zukommen, ehelich gleich ehegemäß, und zwar bedeutet „ehegemäß“ schlechthin, ohne weitere Bestimmung, „so wie es dem Wesen der Ehe schlechthin, der Ehe an sich“, mit anderen Worten „wie es dem sittlichen Wesen der Ehe entspricht“.

Mit Unrecht also wählt Wetzel (S. 73) die erste Bedeutung, und er ergänzt, um den für den § 1353 erforderlichen bestimmten Sinn zu erhalten, den nach seiner Auslegung an sich unbestimmten Begriff, indem er als „ehelich“, bald die Lebensgemeinschaft bezeichnet, die „gewöhnlich“, d. h. „von der überwiegenden Mehrheit der Menschen“, bald diejenige, welche von „vernünftigen Ehegatten“ geübt, und zwar als Rechtspflicht geübt wird. Das aber ist nicht Auslegung, sondern eine freie, sprachlich jedenfalls nicht berechtigte Abänderung des Gesetzes.

Um nun die einzelnen Auslegungsversuche zusammenzufassen, so scheint der Ausdruck „eheliche Lebensgemeinschaft“ den Inbegriff der Beziehungen zu bezeichnen, welche dem (sittlichen) Wesen der Ehe gemäß unter Ehegatten, ihr Leben in seiner Gesamtheit ergreifend, bestehen. Die Hervorhebung des oben bemerkten verbindenden Charakters dieser Beziehungen kann hier deshalb unterbleiben, weil er in dem Begriffe „dem Wesen der Ehe gemäß“ bereits enthalten ist; denn darin stimmen die verschiedensten Auffassungen der Ehe überein, daß die Folge des Eheschlusses für das Verhältnis der Eheleute in der Herstellung irgendwelcher verbindenden, nicht feindlich trennenden, Beziehungen besteht. Nur aus Gründen sprachlicher Schönheit mußte das Gesetz statt „Lebensbeziehungen“ den volleren, im Zusammenhange aber gleichbedeutenden Ausdruck „Lebensgemeinschaft“ gebrauchen.

Die „Verpflichtung“ der Eheleute zur ehelichen Lebensgemeinschaft kann nur bedeuten, daß jeder Ehegatte dem andern das leisten soll, was zur Schaffung und Erhaltung des erläuterten Verhältnisses seinerseits erforderlich ist.

Dieses Ergebnis stimmt mit der herrschenden Lehre, wonach die aus dem sittlichen Wesen der Ehe entspringenden Pflichten der Eheleute gegeneinander durch den § 1353 zu Rechtspflichten gemacht werden, überein (vgl. Mugdan S. 58; Planck und v. Staudinger § 1353,1; R. G. 8. 10. 08 in Recht, 08, Nr. 3429). Daß die herrschende Lehre bei ihrer Begriffsbestimmung im allgemeinen die hier hervorgehobene Ergreifung des gesamten Lebens der Eheleute durch das eheliche Verhältnis nicht erwähnt, bedeutet keinen Unterschied, da sich aus den Ausführungen ihrer Vertreter ergibt, daß sie dieses Merkmal als selbstverständlich voraussetzen.

Diese Lehre wird von einigen Auslegern, insbesondere von Endemann (§ 169,2) und, mit eingehender Begründung, von Wetzel (S. 72 f.) als unhaltbar angegriffen.

Nach Endemann bestimmt der § 1353 Abs. 1, daß die Eheleute einander die Leistungen zu gewähren haben, deren Nichtgewährung Scheidungsgründe bildet. Da nun der § 1568 unter gewissen Voraussetzungen an eine „schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten“ das Recht auf Scheidung knüpft, kann Endemann auch nicht umhin, eine allgemeine Begriffsbestimmung der ehelichen Pflichten im Sinne des Gesetzes zu geben. Er tut es, indem er auf „die jeweilige, von der gerichtlichen Praxis bestätigte, allgemeingültige Volksüberzeugung“ verweist.

Endemann scheint, seinen kurzen Bemerkungen nach, einzuräumen, daß allein die herrschende Auslegung mit dem Wortlaute des Gesetzes vereinbar ist, die aber aus sachlichen Gründen durch eine andere ersetzt werden müsse. Er meint, daß in einer so weit gehenden Verleihung rechtlicher Geltung an Gebote der Sittlichkeit eine Überschreitung der Zuständigkeit des Gesetzes liege, daß sie daher eine „unverbindliche Satzung“ sei. Diesem Vorwurfe schließt sich Wetzel an und fügt den weiteren hinzu, daß der § 1353 nach der herrschenden Auslegung mangels Einigkeit über das sittliche Wesen der Ehe keinen

bestimmten Sinn habe. Beide Vorwürfe scheinen unbegründet zu sein, scheinen aber für die herrschende Meinung die Mahnung zu enthalten, ihre Auslegung schärfer zu bestimmen und fester zu umgrenzen, als es gewöhnlich geschieht.

Die Uneinigkeit in der Auffassung des Wesens der Ehe scheint sich nach zwei Richtungen zu erstrecken. Die Meinungen gehen bei der Entscheidung über die Fragen auseinander, ob die Ehe ihrem Wesen nach innigere oder losere, umfassendere oder beschränktere, Beziehungen unter den Eheleuten herstelle, und ob in der Ehe die Gleichstellung der Gatten oder eine Überordnung des Mannes stattzufinden habe. In beiden Richtungen gibt das Gesetz die Antwort.

Nach dem oben Bemerkten bedeutet der Ausdruck Lebensgemeinschaft, daß grundsätzlich die durch die Ehe gestifteten Beziehungen das ganze Leben der Eheleute umfassen. Damit wird vom Gesetze die Richtung bestätigt, welche zwischen den Eheleuten die innigsten und umfassendsten Beziehungen eintreten läßt.

Die Antwort auf die andere Frage erteilt das Gesetz, indem es den das Verhältnis der Eheleute zu einander regelnden Grundsatz auf beide Gatten gleichmäßig anwendet. Daraus folgt, daß Mann und Frau grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander stehen, und daß eine Überordnung des Mannes grundsätzlich abgelehnt ist. Diese Regel gilt nicht ohne Ausnahme; doch auch der § 1354 hebt sie nicht auf. Schon früher ist bemerkt worden, daß der Begriff des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens nicht mit dem das ganze Leben der Eheleute treffenden Begriffe der ehelichen Lebensgemeinschaft übereinstimmt; er umfaßt nur die Lebensbetätigungen, die dem Wesen der Ehe gemäß von den Eheleuten gemeinschaftlich, zusammen, vorzunehmen sind. Die „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten“ sind aber nicht Angelegenheiten, die das Eheleben irgendwie mittelbar berühren, sondern nur solche, die unmittelber auf das

gemeinschaftliche eheliche Leben einwirken. Nur in den Fragen der Einrichtung und Gestaltung des ehelichen Zusammenlebens also hat der Mann nach dem § 1354 das Entscheidungsrecht. Eine ausdehnende Auslegung dieser Bestimmung aber, wie sie von einigen Schriftstellern, insbesondere von Cosack (BGB. § 291,2c), mit der Begründung gegeben wird, daß auch die rein persönlichen Angelegenheiten der Frau mittelbar auf das gemeinschaftliche Leben der Eheleute einwirkten, scheint unmöglich (vgl. Dernburg § 32 III). Wenn die Grundbegriffe der §§ 1353 und 1354 im Verhältnis vom Oberbegriffe zum engeren Begriffe stehen, so ist bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß das Anwendungsgebiet des § 1354 das engere sein soll. Aber auch innere Gründe verbieten die mit dem Wortlaute des Gesetzes in Widerspruch stehende Annahme, daß das im allgemeinen auf die Verbesserung der Lage der Frau bedachte Gesetz ihre persönlichen Angelegenheiten der Entscheidung des Mannes unterstellen wolle.

Auf das Entscheidungsrecht des Mannes wird bei einer späteren Gelegenheit zurückzukommen sein; hier ist nur festzustellen, daß es nur für einen Teil des Gebietes der ehelichen Lebensgemeinschaft gilt, während grundsätzlich die Gleichberechtigung der Eheleute unberührt bleibt.

Ist hiernach der Vorwurf, daß der § 1353 nach der herrschenden Auslegung keinen festen Sinn habe, unbegründet, so scheint die Betonung seiner Ausdehnung auf das ganze Leben der Eheleute den anderen Vorwurf, den einer uferlosen Vermischung rechtlicher und sittlicher Gebote, zu bestätigen. Er beruht gleichwohl auf einem, freilich durch die gewöhnliche Fassung der herrschenden Auslegung nahegelegten, Mißverständnisse. Die Gegner der herrschenden Auslegung sind offenbar der Meinung, mit dem „sittlichen Wesen der Ehe“ solle ein sittliches Ideal zum Maßstabe der ehelichen Rechtspflichten gemacht werden (vgl. Wetzel S. 71). Das kann unmöglich der Sinn der herrschenden Auslegung sein. Denn wenn das Gesetz die Eheleute verpflichten wollte, ihr Verhältnis zu dem

Ideale zu gestalten, zu dem sich die Ehe unter den glücklichsten Voraussetzungen erheben kann, so wäre es offenbar, daß es durch diesen würdelosen Befehl auf einem seiner Befehlsgewalt entzogenen Gebiete gegen sein eigenes Wesen ebensosehr wie gegen das der Sittlichkeit verstieße. Dieser Sinn liegt aber keineswegs in den Worten der herrschenden Auslegung. „Sittlich" hat in dem Ausdrucke „sittliches Wesen der Ehe" nicht im Gegensatze zu sittlichem Minderwerte die gesteigerte Bedeutung „sittlich vollkommen". Der Ausdruck bezeichnet vielmehr, wie bereits angedeutet, das Wesen der Ehe an sich, im Gegensatze z. B. zu einer künstlich geschaffenen Rechtsordnung der Ehe. Die Ehe an sich ist die Ehe als ein auf natürlicher Grundlage geschichtlich entwickeltes Verhältnis. Als solches aber ist sie kein Ideal, dessen Erreichung vollkommen zusammenstimmenden Menschen von höchster sittlicher Bildung vorbehalten wäre, sondern ihr Maßstab ist ein Normalbegriff, wie solche auch auf anderen Gebieten vom Gesetze herangezogen werden. Die Ehe in diesem Sinne verhält sich zum Ideale der Ehe wie der dem Rechte in mancherlei Gestalt vorschwebende „bonus paterfamilias" zum sittlichen Ideale eines Menschen. Wie es sich da, wo das Gesetz von den „guten Sitten", von „Treu und Glauben" spricht, nicht um Ideale, sondern um ein gewisses Normalmaß gewissenhafter Gesinnung und anständiges Verhaltens handelt, das um der Sicherheit des Verkehrs willen erforderlich ist, so bedeutet der Normalbegriff der Ehe ein gewisses Normalmaß dessen, was die Eheleute einander gewähren müssen, wenn ihr Verhältnis noch den Namen Ehe verdienen soll, den Namen Ehe, der freilich, wie oben bemerkt, vom Gesetze nicht im Sinne einer Richtung, die von der Ehe nur einige äußerliche Beziehungen übrig lassen will, sondern im vollsten Sinne des Begriffes gemeint ist. Eine nähere Kennzeichnung jenes Normalbegriffes der Ehe kann hier nicht im allgemeinen versucht, er kann nur im folgenden bei der Anwendung des hier Gefundenen auf die Berufs-

tätigkeit der Frau mit einigen Beispielen erläutert werden. So schwer aber eine abstrakte Bestimmung des Begriffes erscheint, so wenig werden sich bei der Anwendung des dem Volksbewußtsein lebendig fühlbaren Maßstabs unlösbare Zweifel ergeben.

Dieses Ergebnis nur kann der Sinn der herrschenden Auslegung sein, wenngleich einzelne Äußerungen ihrer Vertreter über ihn hinausgehen und sich in das Gebiet begeben, wo sie von den Gegnern mit Recht angegriffen werden. Dann aber stehen die streitenden Meinungen einander näher, als es anfangs schien, und nur der der gesetzlichen Grundlage entbehrende und ganz aussichtslos erscheinende Versuch, aus den nach dem gefundenen Maßstabe bestimmten Pflichten der Eheleute diejenigen auszuwählen, welche „echte Rechtspflichten“ seien, bleibt unannehmbar. Der von den Gegnern erhobene Vorwurf der „Uferlosigkeit“ der herrschenden Auslegung aber scheint angesichts der Tatsache, daß der Grad, in welchem der § 1353 den „sittlichen“ Maßstab zur Geltung bringt, keineswegs im Gesetze vereinzelt dasteht, unbegründet; und wenn das Anwendungsgebiet des sittlichen Maßstabes im § 1353 umfangreicher ist, als in den anderen Fällen, so scheint das Gesetz mit gutem Grunde zu handeln, wenn es in dem einzigartigen Falle der Ehe, wo es ein willkürlich begründetes, überaus folgenreiches natürliches Band mit rechtlicher Wirksamkeit ausstattet, und seiner Lösung auf das entschiedenste widerstrebt, auch den diesem Bande entspringenden natürlichen Pflichten, deren Nichterfüllung es zur unerträglichen Last macht, zu ihrem sittlichen Gewichte das Ansehen des Rechtes verleiht.

Von der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft entbunden ist der Ehegatte nach dem § 1353 Satz 3 dann, wenn ihm ein Scheidungsgrund (§§ 1565 – 1569) zur Seite steht, ohne daß es in diesem Falle der Untersuchung bedarf, ob der von dem anderen Gatten erhobene Anspruch nach dem vom Gesetze gegebenen Maßstabe an sich begründet ist oder nicht (vgl. v. Staudinger § 1353,2b).

Gemäß § 1353 Satz 2 gilt das Gleiche, wenn sich das Verlangen des Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Nach einer häufig gegebenen Begriffsbestimmung soll Mißbrauch ein solches Verlangen sein, welches dem Wesen der Ehe zuwider ist (vgl. Planck § 1353,2; RG. 6. 12. 06 in Recht, 07, Nr. 180). Hiernach aber wären offenbar die Fälle des Mißbrauchs keine Ausnahmen von der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern sie gehörten zu den Fällen, in denen eben nach dem Maßstabe der ehelichen Lebensgemeinschaft gar keine Pflicht besteht. Mißbrauch eines gesetzlichen Rechtes, um eine andere Auslegung zu suchen, ist eine Geltendmachung des Rechtes zu einem anderen Zwecke, als zu welchem es vom Gesetze gegeben ist. Mißbrauch des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft wäre hiernach eine Geltendmachung des Rechtes zu einem anderen Zwecke als eben zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Fälle dieses „Mißbrauchs" kommen im wesentlichen darauf hinaus, daß ein Ehegatte vom anderen die Erfüllung einer „ehelichen Pflicht" verlangt, ohne seinerseits zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft bereit zu sein; auch diese Auslegung ist vielfach vertreten (vgl. RG. 28. 2. 01. in J. W. 01, 294). Aber die dem Wesen der Ehe entspringenden Pflichten der Eheleute gegeneinander haben nur den Zweck der Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft, und sie entfallen, ohne daß es einer Ausnahmevorschrift bedarf, wenn die Erreichung dieses Zwecks, wie in den letzterwähnten Fällen, unmöglich ist. Nicht glücklicher sind andere Auslegungsversuche; ihnen allen zum Trotz scheint das Wort Mißbrauch neben der herrschenden Auslegung des § 1353 Satz 1 keinen selbständigen Sinn zu haben. Alle denkbaren Begriffsbestimmungen kommen darauf hinaus, zum Tatbestande des „Mißbrauchs" irgendwelche Umstände des Einzelfalls zu machen, welche den Ehegatten von einer an sich bestehenden Pflicht entbinden. Nun ist aber nach der herrschenden Auslegung,

wenngleich sich ihre Vertreter das nicht immer vor Augen halten, die „eheliche Lebensgemeinschaft“ ein allgemeines Prinzip (vgl. v. Staudinger § 1353,1); d. h. die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht, wie nach der Auslegung der Gegner, eine Summe einzelner, abstrakt bestimmter, „an sich“ bestehender, Pflichten (zur häuslichen Gemeinschaft, zur Treue usw.), sondern, was Pflicht ist, bestimmt sich durch Anwendung des allgemeinen Maßstabes, des Normalbegriffs der Ehe, auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, die also schon hier zu berücksichtigen sind. Gewisse Gruppen von Umständen aber von dieser Berücksichtigung gewaltsam auszuschließen, um nur dem Worte Mißbrauch einen selbständigen Sinn zu verschaffen, schiene eine zwecklose Künstelei zu sein. Es wird vielmehr zuzugeben sein, daß nach der herrschenden Auslegung des § 1353 Abs. 1 der Satz 2 so wenig einen selbständigen Sinn hat, wie es einen Mißbrauch des Rechtes auf ein Verhalten nach Treu und Glauben geben kann. (Zu einem ähnlichen Ergebnisse kommt mit einer nach dem hier Ausgeführten nicht zu billigenden Begründung Eichhorn). Hiernach ist die Bestimmung über den Mißbrauch mit der herrschenden Auslegung des § 1353 Abs. 1 unvereinbar, und so würde ihr Vorhandensein zugunsten einer anderen entscheiden, wenn eine andere an sich annehmbar wäre. Da aber, wie zu begründen versucht wurde, allein die herrschende Auslegung mit dem Wortlaute des § 1353 Abs. 1 vereinbar ist, so kann das Vorhandensein einer dem Sinne seines Grundsatzes widersprechenden Ausnahmevorschrift keinen Anlaß bieten, den Sinn des Grundsatzes gewaltsam zu ändern, zumal nach der herrschenden Auslegung der Sinn der Ausnahmevorschrift in dem des allgemeinen Grundsatzes bereits enthalten ist, und zumal die Bestimmung über den Mißbrauch im ersten Entwurfe des BGB. nicht vorhanden war und erst nachträglich — im Mißverständnisse der grundlegenden Bestimmung — eingefügt worden ist.

§ 4. Das Untersagungsrecht des Mannes.

Aus der erörterten Stellung von Mann und Frau in der Ehe ist ein allgemeines Recht des Mannes, der Frau ihre Berufstätigkeit zu untersagen, nicht zu entnehmen.

Zu den „Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens" als des Inbegriffes der Lebensbetätigungen, welche dem Wesen der Ehe gemäß von den Eheleuten gemeinschaftlich vorzunehmen sind, gehört die Berufstätigkeit ohne Zweifel nicht, und eine ausdehnende Auslegung des Begriffes „gemeinschaftliches eheliches Leben" ist aus den angegebenen Gründen unzulässig. Das Entscheidungsrecht des § 1354 hat hiernach auf die Berufstätigkeit der Frau keinen (unmittelbaren) Einfluß. Wenn zahlreiche Ausleger (z. B. Planck § 1356,4), die grundsätzlich die hier vorgetragene Auffassung des § 1354 teilen, aus dieser Bestimmung ein Verbietungsrecht des Mannes gegenüber dem Geschäftsbetriebe der Frau ableiten, so scheint diese Folgewidrigkeit auf einer Verwechselung der später zu erörternden Gegensätze mittelbares und unmittelbares Einwirkungsrechtes des Mannes auf die Berufstätigkeit der Frau zu beruhen.

Ein willkürliches Untersagungungsrecht des Mannes aber folgt auch aus dem § 1353 nicht. Denn nach ihm sind die Eheleute gleichberechtigt, und so steht auch der Willkür des einen die des anderen ebenbürtig gegenüber. Zwar gibt es sittliche Pflichten, die von dem einen Teile verlangen, auch auf die unbegründeten Neigungen des anderen gewisse Rücksichten zu nehmen – ob auch nach dem hier gültigen Normalmaßstabe der Ehe kann dahingestellt bleiben. Aber diesen Pflichten stehen keine Rechte gegenüber; denn offenbar hat niemand ein sittliches Recht darauf, daß andere seine willkürlichen Neigungen als maßgeblich anerkennen. Daher wird jedenfalls solchen Pflichten durch den Grundsatz des § 1353 keine Rechtswirksamkeit verliehen, und der Mann hat auch nach dem § 1353 nicht das Recht, der Frau ihre Berufstätigkeit des-

halb zu untersagen, weil sie seiner willkürlichen Neigung widerspricht.

Nicht nur das willkürliche Verbietungsrecht ist dem Manne versagt. Er hat regelmäßig nur dann einen Unterlassungsanspruch gegenüber der Berufstätigkeit der Frau im ganzen oder gegenüber einzelnen zu ihrer Berufstätigkeit gehörigen Handlungen, wenn im umgekehrten Falle die Frau gegen seinen Beruf einzuschreiten berechtigt wäre. Denn regelmäßig steht der Beruf der Frau ebenbürtig neben dem des Mannes; das Gesetz gibt der Frau im allgemeinen dieselbe Bewegungsfreiheit wie dem Manne, und aus keiner seiner Bestimmungen ist zu entnehmen, daß es eine selbständige Berufstätigkeit der Frau mißbillige oder sie allgemein der des Mannes hintansetze.

Nun ist unzweifelhaft, daß im allgemeinen die Frau mancherlei Nachteile, die der Beruf des Mannes für sie mit sich bringt, sich gefallen lassen muß, und das gilt in besonderem Maße dann, wenn der Beruf besonders billigenswerten Zwecken, z. B. dem Erwerbe des Unterhalts für die Familie, für unterhaltsberechtigte Verwandte oder dem Wohle der Allgemeinheit dient. Diese Duldungspflicht hat ihren Grund darin, daß die Ehe, ihrem sittlichen Wesen gemäß, die Befugnis des Mannes zu nutzbringender Tätigkeit nicht über Gebühr beschränken darf, und daß daher aus dem Grundsatze der ehelichen Lebensgemeinschaft für die Frau die Pflicht entspringt, Nachteile zu ertragen, deren Vermeidung eine unverhältnismäßige Beschränkung der Betätigungsfreiheit des Mannes bedeuten würde. Was aber dem Manne recht ist, ist bei der grundsätzlichen Gleichstellung der Eheleute der Frau billig, und der Mann ist daher im allgemeinen ihrem Berufe gegenüber zu der gleichen Duldung verpflichtet; er kann ihr die Ausübung ihres Berufes regelmäßig nur dann untersagen, wenn im Hinblick auf das Wesen der Ehe die ihm zugefügte Unbill unverhältnismäßig schwer erscheint.

So muß sich der Mann insbesondere ganz erhebliche Störungen und Belästigungen durch den Beruf der Frau

gefallen lassen, und zum Einschreiten berechtigt ihn nur eine Verletzung der ebenfalls für beide Eheleute aus dem Wesen der Ehe sich ergebenden Pflicht zu jeder billigen Rücksichtnahme. Es versteht sich von selbst, daß sich im einzelnen abstrakte Regeln nicht geben lassen. Nur von Fall zu Fall kann der Maßstab der ehelichen Lebensgemeinschaft die Rechte und Pflichten der Eheleute bestimmen. Als Beispiele unerlaubter Belästigungen seien angeführt: übermäßige musikalische Übungen und gesundheitgefährdende Einflüsse eines in der Wohnung befindlichen chemischen Laboratoriums.

Die ursprünglichste Folgerung aus dem Grundsatze der ehelichen Lebensgemeinschaft ist die wechselseitige Pflicht zur Selbsterhaltung. Regelmäßig ist daher eine Berufstätigkeit der Frau, die geeignet ist, ihre Gesundheit zu untergraben, dem Manne gegenüber widerrechtlich.

Zweifelhafter ist es, inwieweit der Mann gegen eine rechtlich oder sittlich verwerfliche Berufstätigkeit der Frau (wucherische Geschäfte, Schankbetrieb niederen Charakters) einzuschreiten berechtigt ist. Das Entscheidungsrecht des Mannes ist ohne Zweifel auch hier nicht anwendbar (vgl. v. Staudinger Nr. X vor § 1353). Ebensowenig ist aus dem Wesen der Ehe ein allgemeines gegenseitiges Aufsichtsrecht der Eheleute zu entnehmen, und auch aus dem § 1568, nach dem unter gewissen Voraussetzungen ehrloses und unsittliches Verhalten einen Scheidungsgrund bildet, folgt, wie Wetzel (S. 75) bemerkt, natürlich nicht eine eheliche Pflicht zu sittlichem und ehrbarem Verhalten. Da aber eine Schädigung des Rufes eines Ehegatten unmittelbar auch den Ruf der Familie und damit den des anderen benachteiligt, so scheint aus dem Grundsatze der ehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig für einen Ehegatten gegenüber dem anderen die Pflicht zur Unterlassung von Handlungen zu folgen, die geeignet sind, seinen Ruf zu untergraben. Hiernach kann der Mann die Berufstätigkeit der Frau, soweit sie unter diesem Gesichtspunkte widerrechtlich erscheint, untersagen.

Nur scheinbar führt ein anderer Weg noch weiter. Zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehört ein gewisses Maß geistiger Gemeinschaft (vgl. Opet-v. Blume, § 1353, 2b). Eine normale geistige Gemeinschaft, und auf eine solche nur kann sich ein auf den § 1353 gestützter Anspruch richten, ist nur auf der Grundlage einer gewissen gegenseitigen Achtung möglich. Nun stellt das Reichsgericht in der Entscheidung vom 1. 12. 04 den Satz auf, die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft enthalte die Verpflichtung zur Beseitigung von Hindernissen, die dieser Gemeinschaft entgegenstehen (Bd. 59, 257; vgl. v. Staudinger, § 1353, 1). Das Verhalten eines Ehegatten, welches geeignet ist, ihn dem anderen verächtlich zu machen, ist zwar nicht unmittelbar ein Hindernis der geistigen Gemeinschaft, sondern ein Hindernis einer Voraussetzung derselben. Das Reichsgericht aber meint mit seinem Satze auch Hindernisse einer Voraussetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft; denn es gründet auf ihn die Verpflichtung einer kranken Frau, sich in eine Heilanstalt zu begeben, und zwar geht es nicht von einer unmittelbar im Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft wurzelnden Pflicht zur Selbsterhaltung, sondern von der Erwägung aus, daß die Krankheit der Frau der Erfüllung sonstiger ehelicher Pflichten im Wege stehe. Hiernach wäre ganz allgemein ein Ehegatte dem anderen verpflichtet, Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, ihm dessen Achtung zu entziehen. Das befremdende Ergebnis nötigt zur Nachprüfung seiner Grundlagen. In der Tat scheint der vom Reichsgerichte aufgestellte Satz in dieser Allgemeinheit unhaltbar zu sein. Das Reichsgericht stützt ihn auf eine Vergleichung mit dem Rechte der Schuldverhältnisse, wo nach dem § 242 der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. In dieser Bestimmung liegt die Verpflichtung zur Beseitigung von Hindernissen, die der Erfüllung, nicht aber von Hindernissen, die einer Voraussetzung der Erfüllung entgegenstehen; denn der Maßstab

des § 242 gilt nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes nur für die Erfüllung selbst. (Z. B. hat der Gläubiger eines vermögenslosen Schuldners natürlich keinen Rechtsanspruch darauf, daß der Schuldner das zur Leistung erforderliche Vermögen erwerbe.) Die Vergleichung mit dem Recht der Schuldverhältnisse scheint also im Gegenteil zu zeigen, daß aus dem § 1353 eine Verpflichtung zur Beseitigung von Hindernissen einer Voraussetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht zu entnehmen ist. Daher scheint ein allgemeineres Recht des Mannes zur Untersagung einer verwerflichen Berufstätigkeit, als es oben aufgestellt wurde, nicht begründet.

Stand in den bisher erwähnten Fällen das Untersagungsrecht dem Manne gegen die Frau nur in demselben Umfange zu, wie der Frau gegen den Mann, so gibt es doch andere, die der besonderen Stellung des Mannes in der Ehe eigentümlich sind.

Beide Eheleute sind einander verpflichtet, in ihrem gesamten Verhalten, wie ihren guten Ruf, so auch die besondere Standeswürde ihrer Familie zu wahren. Unter besonderen, hier nicht zu erörternden Umständen kann der Mann, soweit er auf die Schaffung seines Standes Einfluß hat, hierbei durch Rücksichten, die er der Frau schuldet, gebunden sein. Soweit aber in dieser Richtung kein Verstoß vorliegt, regelmäßig also, ist der Stand des Mannes in beruflicher, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Beziehung für die Frau maßgeblich (vgl. Mugdan S. 60). Dieses Übergewicht des Mannes beruht nicht auf dem Entscheidungsrechte des § 1354, denn der Stand gilt nicht nur für das gemeinschaftliche eheliche Leben; es hat im Gesetze überhaupt keinen besonderen Ausdruck gefunden, ergibt sich aber aus der Bestimmung des § 1353. Denn obwohl diese für Mann und Frau gleich lautet, können die aus dem Wesen der Ehe zu entnehmenden Folgerungen für beide Eheleute verschieden sein, soweit nach der Volksanschauung ihre Stellung in der Ehe unzweifelhaft verschieden ist. Daher muß die Frau auch hinsichtlich

ihrer Berufstätigkeit auf den Stand des Mannes die schuldige Rücksicht nehmen, und es ist offenbar, daß mit gewissen Lebenslagen des Mannes (z. B. als Minister, als Geistlicher) gewisse Berufe der Frau, unter Umständen der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes überhaupt, unvereinbar sind. In diesen Fällen steht regelmäßig dem Manne das Recht zu, von der Frau Unterlassung ihrer Berufstätigkeit zu verlangen.

Ein allgemeines Wettbewerbsverbot für die Frau gegenüber dem Geschäfte des Mannes ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen, da ja regelmäßig die Eheleute auch in ihrer Berufstätigkeit gleichberechtigt sind. Der durch die §§ 1360 und 1427 in erster Linie dem Manne auferlegten Pflicht zur Tragung des Unterhaltes der Eheleute und des ehelichen Aufwandes entspricht aber nach dem Grundsatze der ehelichen Lebensgemeinschaft die Pflicht der Frau, dem Manne bei der Beschaffung der hierzu erforderlichen Mittel nicht hinderlich zu sein. Will also der Mann zu diesem Zwecke ein Erwerbsgeschäft betreiben, so wird ihm regelmäßig das Recht zuzusprechen sein, der Frau den Betrieb eines ähnlichen Geschäftes, der die Erzielung ausreichenden Gewinnes gefährden würde, zu untersagen.

§ 5. Das Recht des Mannes zu mittelbarer Einwirkung auf die Berufstätigkeit der Frau.

Im Gegensatze zu allen besprochenen Fällen sind endlich im folgenden solche zu betrachten, in denen ebenfalls die Berufstätigkeit der Frau mit ihren Pflichten gegen den Mann unvereinbar ist, ohne daß diesem aber ein Unterlassungsanspruch gegeben wäre.

Nach dem § 1356 ist die Frau zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens und unter Umständen auch zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes verpflichtet. Darüber hinaus beruht auf dem § 1353 die Pflicht der Frau (in gleichem Umfange wie die entsprechende Pflicht des Mannes), ihre Gegenwart, ihre Zeit und ihre Kräfte zur Herstellung der dem Wesen der Ehe ent-

sprechenden Lebensgemeinschaft dem Manne zu widmen. Umfang und Art der Verpflichtungen sind je nach den Umständen des Einzelfalles verschieden (vgl. Opet-v. Blume § 1353,2 b); für die Arbeitspflicht hebt das Gesetz das in den Verhältnissen der Eheleute Übliche ausdrücklich hervor. Dagegen herrscht auch unter den Schriftstellern, die im allgemeinen bei der Auslegung der §§ 1353 und 1354 auf dem hier vertretenen Standpunkte stehen, Uneinigkeit über die Bedeutung des nach dem § 1354 in diesen „Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens" dem Manne zustehenden Entscheidungsrechts für die Bestimmung der Pflichten der Frau. In seiner Reichstagsrede vom 25. 6. 96 erwiderte Planck denen, die von dem (jetzigen) § 1354 eine zu große Beschränkung der Frau befürchteten, im allgemeinen sei auch in den Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens der Grundsatz des § 1353 maßgeblich, und nur für die „gleichgültigen" Fragen, auf die sich aus dem Wesen der Ehe keine Antwort ergebe, gelte das Entscheidungsrecht des Mannes (Mugdan S. 1312). Dieser Ansicht hat sich unter anderen v. Staudingers Kommentar angeschlossen (§ 1354,1). In seinem Kommentare dagegen unterstellt Planck dem Entscheidungsrechte auch „Fragen sittlicher Natur" (§ 1354,1; ebenso u. a Opet-v. Blume § 1354,1). Unbestreitbar ist, daß der erste Satz des § 1354 dem Entscheidungsrechte auch solche Fragen anheimstellt, deren Beantwortung unter dem Gesichtspunkte des sittlichen Wesens der Ehe von der höchsten Bedeutung ist; denn er gibt dem Manne das Bestimmungsrecht in allen Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens. Die zuerst angeführte Auslegung ist nur dann verständlich, wenn sie zugleich auf den Abs. 2 des § 1354 gestützt wird, nach welchem die Entscheidung des Mannes unverbindlich ist, wenn sie sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Mißbrauch eines gesetzlichen Rechtes ist, wie schon bei einer anderen Gelegenheit gesagt wurde, ein Gebrauch, der mit dem Zwecke, zu welchem es verliehen ist, im Widerspruche

steht. Zweck des Entscheidungsrechtes ist die Schaffung einer dem Grundsatze des § 1353, mit anderen Worten, dem Wesen der Ehe entsprechenden Ordnung des Zusammenlebens der Eheleute. Mißbrauch desselben ist daher ein mit dem Wesen der Ehe unvereinbarer Gebrauch. In diesem Ergebnisse scheinen alle Ausleger, deren Meinungen nicht schon bei früheren Punkten abweichen, übereinzustimmen (vgl. Planck § 1354,2, Crome § 560 A, A. 11). Hiernach ist eine Entscheidung, die dem Wesen der Ehe widerspricht, für die Frau unverbindlich, und da es nicht Sache des Eherichters ist, Ansprüchen zur Durchführung zu verhelfen, die gegen das Wesen der Ehe verstoßen, wird der gelegentlich des „Mißbrauchs" des § 1353 in vielen Entscheidungen aufgestellte Satz, daß es im Rechtsstreite einer Einrede des Mißbrauchs nicht bedürfe, daß vielmehr der Mißbrauch von Amts wegen zu berücksichtigen sei, wenn er sich aus dem vorgetragenen Sachverhalte ergebe, auch hier anzuwenden sein (vgl. z. B. R. G. 3. 1. 07 in J. W. 07, 107). Gleichwohl scheint Plancks frühere Auslegung nicht zutreffend. Denn das Gesetz sagt nicht, das Entscheidungsrecht des § 1354 solle nur dann gelten, wenn es unmöglich sei, mit Hilfe des § 1353 eine Bestimmung zu treffen; es will vielmehr, daß im Anwendungsgebiete des § 1354 überall dem Manne das Recht freier, willkürlicher Entscheidung vorbehalten sei, soweit nicht ausnahmsweise auf dem Wesen der Ehe beruhende Gründe die willkürliche Entscheidung verbieten. Damit ist auf den Punkt hingewiesen, den Plancks erste Auslegung zu übersehen scheint. Es ist oben betont worden, daß die Bestimmung der Stellung des Mannes in der Ehe für die Feststellung des im Eherechte als Maßstab geltenden Begriffs des sittlichen Wesens der Ehe bedeutsam ist. Diese Stellung des Mannes wird durch den § 1354 für sein Anwendungsgebiet anders bestimmt, als sie im übrigen Gebiete der ehelichen Lebensgemeinschaft ist. Während im allgemeinen Gleichstellung der Eheleute gilt, herrscht in den Angelegenheiten des gemein-

schaftlichen ehelichen Lebens die Willkür des Mannes. Nicht nur also umfaßt das Entscheidungsrecht des Mannes in der Weise sittlich bedeutsame Fragen, daß die Entscheidung bis zur Widerlegung als dem Wesen der Ehe entsprechend gilt, sondern die Willkür des Mannes tritt als neues Glied neben die sonstigen für die Bestimmung des Wesens der Ehe maßgeblichen Gesichtspunkte, sodaß die Erfüllung einer Forderung des Mannes, die an sich im Wesen der Ehe keine Stütze findet, infolge seiner willkürlichen Entscheidung zu einer durch das Wesen der Ehe der Frau auferlegten Pflicht werden kann. So entschieden früher eine unberechtigte Ausdehnung des Entscheidungsrechtes abgelehnt worden ist, so wichtig scheint es zugunsten einer festen und dem Volksbewußtsein gemäßen Ordnung des Ehelebens, dem Manne das Vorrecht zu wahren, welches das Gesetz ihm geben will. Eine ungebührliche Beschränkung der Frau ist vom § 1354 nicht zu besorgen. Denn durch den Abs. 2 wird sie nicht nur selbstverständlich gegen böswillige Schikane geschützt, sondern er erhält alle Ansprüche der Frau neben der Willkür des Mannes aufrecht, und im Streite ist die bisweilen schwierige Frage zu lösen, ob das Willkürrecht des Mannes oder die ihm gegenüberstehenden Rechte der Frau nach Maßgabe des Wesens der Ehe schwerer wiegen.

So gilt auch für das gemeinschaftliche eheliche Leben das Recht der Frau auf Freiheit zu nutzbringender Betätigung; aber es wird durch das Willkürrecht des Mannes beschränkt, und der Beruf des Mannes ist hier vor dem der Frau wesentlich bevorrechtigt. Während der Mann nicht nur innerhalb des Rahmens eines normalen Gemeinschaftslebens bei seinen Entscheidungen auf seinen Beruf Rücksicht zu nehmen, sondern sogar das Zusammenleben je nach dem Werte und der Notwendigkeit seines Berufes mehr oder weniger zu beeinträchtigen und zu beschränken berechtigt ist (z. B. langedauernde Abwesenheit eines Handlungsreisenden, ungewöhnliche dienstliche Gebundenheit eines Ministers), kann die Frau nicht ohne weiteres

verlangen, daß der Mann zugunsten ihres Berufes auf sein Recht, das Zusammenleben zu regeln, verzichte. Ob und inwieweit der Mann auf den Beruf der Frau Rücksicht nehmen muß, bestimmt sich nach der Wichtigkeit der zu treffenden Entscheidung und danach, ob dem Berufe der Frau einer der bei der Besprechung der Duldungspflicht gegenüber den mit dem Berufe des einen Ehegatten für den anderen verbundenen Belästigungen angedeuteten Gründe zur Seite steht, die ihm besonderes Gewicht verleihen.

So kann, um wenige Beispiele anzuführen, die auch hier bei der Maßgeblichkeit der mannigfachen Umstände des Einzelfalles nur einen sehr bedingten Wert haben, die Frau natürlich nicht nur deshalb, weil sie eine an einen bestimmten Ort gebundene Berufstätigkeit ausüben will, verlangen, daß der Mann diesen Ort zum gemeinschaftlichen Wohnorte bestimme. Wäre der § 1354 nicht, der das willkürliche Entscheidungsrecht als im Wesen der Ehe begründet erklärt, so müßte der Mann, wenn ihm nicht ein gleichwertiger Gegengrund zur Seite stünde, sich bei der Wahl des Wohnortes schlechthin nach dem Berufe der Frau richten; denn an sich ist, wie oben ausgeführt, der Wille zu nutzbringender Tätigkeit für die Bestimmung der Folgerungen aus dem Wesen der Ehe gewichtiger als die reine Willkür des anderen Ehegatten. Aber obwohl der § 1354 grundsätzlich die willkürliche Entscheidung des Mannes billigt, wird er bei der Entscheidung unwichtiger Fragen, etwa bei der Bestimmung der Stunde für eine gemeinsame Mahlzeit, auch auf den willkürlich gewählten Beruf der Frau einige Rücksicht nehmen müssen; denn in nebensächlichen Angelegenheiten wiegt sein Willkürrecht dem Wesen der Ehe gemäß nicht so schwer, als in so wichtigen Fragen wie der der Wahl des Wohnortes.

Liegt der Frau eine gesetzliche Unterhaltungspflicht ob, und hat sie an einem bestimmten Orte sichere Aussicht, durch den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes das

Nötige zu verdienen, während es zweifelhaft ist, ob sie auf anderem Wege ihre Pflicht erfüllen könnte, so wird der Mann den ehelichen Wohnort dorthin verlegen müssen.

Besonders umfangreiche Ansprüche auf Berücksichtigung ihres Berufes stehen der Frau dann zu, wenn sie durch ihn den Unterhalt der Familie erwirbt, weil der Mann zur Gewährung des Unterhalts außerstande ist oder sie verweigert. Hier werden die beruflichen Bedürfnisse der Frau in demselben Maße ausschlaggebend sein, wie sonst die des Mannes, nicht weil etwa das Entscheidungsrecht auf die Frau überginge, sondern weil die ihr zur Seite stehenden Gründe dem Wesen der Ehe nach wichtiger sind als die, welche das Willkürrecht des Mannes stützen. Stellt sich die Entscheidung des Mannes als Mißbrauch dar, so ist die Frau, bis der Mann eine gültige Entscheidung trifft, berechtigt, innerhalb der durch das Wesen der Ehe bestimmten Grenzen sich so zu verhalten, wie es ihr gut scheint. Niemals aber ist eine von ihr getroffene Entscheidung als solche für den Mann verbindlich. Zwar läßt das Reichsgericht in der Entscheidung vom 15. 10. 00 diese Frage offen (Seuffert Bl., 66, 370); eine andere Antwort aber ist unmöglich, denn das Willkürrecht des Mannes beruht auf seiner natürlichen Stellung in der Ehe, die niemals, auch wenn er sich ihrer noch so unwürdig zeigt, von der Frau eingenommen werden kann (vgl. v. Staudinger § 1354,7).

Versäumt die Frau über ihrer Berufstätigkeit die so bestimmten Obliegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens, so ist diese mit den ehelichen Ansprüchen des Mannes ebenso unvereinbar, wie in den früher besprochenen Fällen. Gleichwohl mit Unrecht werden regelmäßig diese Fälle mit jenen auf gleiche Stufe gestellt, in denen dem Manne ein Untersagungsrecht zustand (vgl. v. Staudinger § 1354,3a; Düringer-Hachenburg Einl. A. 35). Denn hier ist die Unterlassung der Berufstätigkeit noch keine Erfüllung, die Berufstätigkeit also nicht unmittelbar eine Verletzung einer ehelichen Pflicht. War an einer

anderen Stelle die Verwechselung von Verstößen gegen Voraussetzungen der Erfüllung ehelicher Pflichten mit solchen gegen eheliche Pflichten selbst abzulehnen, so handelt es sich hier um Widersprüche mit den Folgen ehelicher Pflichterfüllung, die ebenso von der Pflichterfüllung selbst zu unterscheiden sind. Nicht die Berufstätigkeit als solche widerspricht den Ehepflichten, sondern die Erfüllung der Ehepflichten würde zur Folge haben, daß die Frau ihre Berufstätigkeit, wie sie sie ausübt, nicht ausüben könnte. Ein Unterlassungsanspruch gegenüber der Berufstätigkeit der Frau steht hier dem Manne ebensowenig zu, als im Rechte der Schuldverhältnisse trotz der Regelung der Erfüllungspflicht nach Treu und Glauben der Gläubiger einen Rechtsanspruch darauf hat, daß der Schuldner in der Zeit, wo er leisten soll, das unterlasse, was er anstatt der Gewährung der Leistung tut. Wollte aber die herrschende Meinung dem Manne etwa, weil es sich um ursprünglich sittliche Pflichten handelt, in ausdehnender Auslegung einen Unterlassungsanspruch einräumen, so würde sie den Gegnern Recht geben, die ihr eine mit dem Wesen der Ehe unverträgliche Uferlosigkeit vorwerfen. In den hier behandelten Fällen kann vielmehr der Mann nur mittelbar dadurch auf die Berufstätigkeit der Frau einwirken, daß er die Erfüllung der Pflichten verlangt, welche die Frau der Ausübung ihres Berufs hintansetzt.

§ 6. Die Durchführung der personenrechtlichen Ansprüche des Mannes.

Zur Durchführung der aus den §§ 1353f BGB. folgenden Rechte der Eheleute gibt das Gesetz die in den §§ 606f ZPO. geregelte „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens“ (vgl. Planck Nr. 5 vor § 1353). Die Klage findet statt „wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten, und zwar zum Zwecke der Herbeiführung eines

dem Wesen der Ehe entsprechenden Verhaltens des anderen Teiles" (RG. 29. 5. 05, Bd. 61, 53).

Nach dem § 883 Abs. 2 ZPO. ist die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens ausgeschlossen. In diesem Falle ist die Klage daher nur geeignet, einen moralischen Druck auszuüben (Planck a. a. O.). Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Mann auf Erfüllung der Ehepflichten klagt, welche die Frau über ihrer Berufstätigkeit versäumt.

Allgemein wird nun gelehrt, daß die Zwangsvollstreckung aus der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens schlechthin ausgeschlossen sei (vgl. Planck Nr. 5 vor § 1353; v. Staudinger § 1354, 4; Gaupp-Stein III, 5 vor § 606; v. Seuffert § 888, 2b), und allgemein stützt man diese Lehre auf den § 888 Abs. 2 ZPO. Daß diese Begründung nicht zutrifft, scheint offenbar; denn die erwähnte Bestimmung sagt nichts weiter, als daß zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist. Das Recht auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft beschränkt sich aber keineswegs auf die vom § 888 ZPO. betroffenen Leistungen. Insbesondere sind im vorigen Beispiele für Ansprüche auf Grund des § 1353 gegeben worden, welche ein Unterlassen zum Gegenstande haben, und auch hier soll nur von der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Unterlassung der rechtswidrigen Berufstätigkeit der Frau die Rede sein. Zu Zweifeln an der Zulässigkeit einer auf Unterlassung gerichteten Herstellungsklage scheint kein Grund vorzuliegen. Das Reichsgericht verneint in der Entscheidung vom 22. 4. 09 (Bd. 71, 85) die Zulässigkeit einer Klage auf Unterlassung des Ehebruchs, weist aber zugleich darauf hin, daß die Unterlassungsklagen nicht auf das vermögensrechtliche Gebiet beschränkt sind.

Zur Erwirkung von Unterlassungen läßt der § 890 ZPO. die Zwangsvollstreckung unbeschränkt, daher auch aus dem Urteile auf Herstellung des ehelichen Lebens, zu.

Die allgemeine Auslegung steht also im Widerspruche mit dem Wortlaut des Gesetzes. Es liegt nahe, sie mit der Erwägung zu begründen, daß der der Bestimmung des § 888 Abs. 2 zugrunde liegende Gedanke die vom Gesetze nur für die Vollstreckung zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen ausgesprochene Beschränkung auch für die übrigen Arten der Zwangsvollstreckung verlange. Da diese Auslegung aber mit dem Wortlaut des Gesetzes im offenbaren Widerspruche steht, wäre sie, selbst wenn sie erweislich dem Willen der Gesetzgeber entspräche, nur dann zulässig, wenn sich für sie in dem übrigen Inhalte des Gesetzes ein Anhalt fände, oder wenn sich aus dem Sinne der tatsächlichen Fassung des Gesetzes Folgerungen ergäben, von denen offenbar wäre, daß sie der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen könnten. Das erstere scheint nicht der Fall zu sein, und unannehmbar erscheint der Wortsinn des Gesetzes keineswegs. Bis zum Jahre 1900 war die Vollstreckung aus dem Urteile zur Erfüllung der ehelichen Pflichten unbeschränkt zugelassen, und da das Gesetz auch jetzt noch in weitem Umfange den Rechtsweg für eheliche Ansprüche, die „in erster Linie sittlicher Natur sind", zuläßt, so scheint die Annahme keineswegs unmöglich, daß auch die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus solchen Urteilen, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, dem Willen des Gesetzes entspreche. In der Tat scheint unter diesem Gesichtspunkte ein wesentlicher Unterschied zwischen den Fällen des § 888 und denen des § 890 ZPO. zu bestehen. Wenn die Erzwingung höchstpersönlicher Eheleistungen den modernen Anschauungen widerspricht, so scheint kein gleich gewichtiger Grund zu derselben Zurückhaltung gegenüber Rechtsverletzungen durch rechtswidriges Handeln zu nötigen, wie ja auch das Gesetz einen Fall positiver Verletzung eines ehelichen Rechts, den des Ehebruchs, sogar mit Strafe bedroht. Danach scheint kein genügender Anlaß vorzuliegen, die tatsächlichen Bestimmungen des Gesetzes in dieser Beziehung abzuändern.

Insbesondere kann daher die Frau in den Fällen, wo ihre Berufstätigkeit an sich rechtswidrig ist, wo sie dem Manne zur Unterlassung verpflichtet ist, zur Erfüllung ihrer Pflicht durch die Mittel der Zwangsvollstreckung angehalten werden.

§ 7. Der Beruf der Frau als Anlaß zur Scheidung.

In Fällen besonders schweren Verstoßes gegen die ehelichen Pflichten kann der Beruf der Frau dem Manne einen Grund zur Scheidung bieten. Dann zunächst, wenn sich die Berufstätigkeit selbst oder die durch sie veranlaßten Säumnisse als „schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten" darstellen, oder wenn die Berufstätigkeit im ganzen oder einzelne in Ausübung des Berufes vorgenommene Handlungen als „ehrloses oder unsittliches Verhalten" erscheinen, und die Frau in beiden Fällen dadurch „eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet", daß dem Manne „die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann" (§ 1568 BGB.).

„Ehrlos ist das Verhalten eines Ehegatten, das von seinen Standesgenossen wegen seines den in dem betreffenden Stande (für die Frau kommt nicht ihr vorehelicher, sondern der Stand des Mannes in Betracht) maßgeblichen Ehrbegriffen widersprechenden Charakters", unsittlich dasjenige, „das nach den Grundsätzen der im Volke als Gesamtheit lebenden Moral als verwerflich erachtet wird" (Opet-v. Blume § 1568, [illegible]). Als Beispiele seien nochmals angeführt Wuchergeschäfte und Schankbetrieb niederen Charakters.

Schwere Pflichtverletzung liegt zunächst dann vor, wenn die Frau in besonders grober Weise gegen die ehelichen Pflichten verstößt. Doch können auch häufig wiederholte geringe Verstöße in ihrer Gesamtheit eine schwere Pflichtverletzung darstellen. Immerhin muß aber die Pflichtverletzung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen, und in beiden Fällen bildet das Verhalten

der Frau nur dann einen Scheidungsgrund, wenn es tatsächlich eine so tiefe Erbitterung des Mannes hervorgerufen hat, daß die Gemeinschaft der Gatten gelöst und ihre Wiederherstellung ausgeschlossen erscheint (Planck § 1568, 1,4).

Erfüllt die durch den Beruf veranlaßte Abwesenheit der Frau von der häuslichen Gemeinschaft die Bedingungen des § 1567, so bildet sie einen Scheidungsgrund aus dieser Bestimmung. Im Falle des § 1567 ist die erfolgreiche Durchführung der Herstellungsklage eine der gesetzlichen Voraussetzungen des Scheidungsanspruchs; auch in anderen Fällen wird sie die Durchsetzung der Scheidung erleichtern (vgl. Planck Nr. 5 vor § 1353).

§ 8. Schadensersatzansprüche des Mannes wegen ehewidriger Berufstätigkeit der Frau.

Da das Herstellungsurteil nicht in allen Fällen vollstreckbar ist, ein unvollstreckbares Urteil aber nur einen geringen Wert hat, scheint die Frage um so wichtiger, ob die Frau sich einem Schadensersatzanspruche aussetzt, wenn sie die Rechte des Mannes durch die Ausübung einer ehewidrigen Berufstätigkeit oder durch Versäumung der Ehepflichten über ihrem Berufe verletzt.

Das Reichsgericht führt über den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Pflichten aus den §§ 1353 f. folgendes aus (Entsch. v. 5. 6. 05 in J. W. 05, 431):

„Das Berufungsgericht geht von dem an sich richtigen Gedanken aus, daß eine Frau, die sich den im § 1353 Abs. 1 und 1356 BGB. erteilten Vorschriften zuwider der ehelichen Lebensgemeinschaft, der Leitung des Hauswesens sowie der Mitarbeit im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes entzieht, dadurch allein nicht schadensersatzpflichtig ihrem Manne gegenüber wird. Sie verletzt Pflichten, die durch die Ehe begründet sind, aber die Grundlosigkeit solcher Pflichtverletzung ist für sich allein nicht ausreichend, die Schadensersatzpflicht nach sich zu ziehen. Die aus

dem ehelichen Verhältnisse entspringenden Verpflichtungen, insbesondere die Pflicht zum Zusammenleben und zur Beistandleistung, sind wesentlich sittlicher Natur. Werden sie nicht erfüllt, so kann der verletzte Teil von den ihm für diesen Fall durch das Gesetz eingeräumten Rechten, z. B. der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, gegebenenfalls der Scheidungsklage, Gebrauch machen.' Mit Recht nimmt daher das Berufungsgericht an, ein vermögensrechtlicher Schadensersatzanspruch könne nicht damit begründet werden, daß die Klägerin ihren Ehemann, nach dessen Angaben grundlos, verlassen habe, und daß dieses ehewidrige Verhalten der Klägerin Nachteil für den Haushalt und das Geschäft des Mannes im Gefolge gehabt habe. Allerdings kann es nicht als grundsätzlich ausgeschlossen erachtet werden, daß ehewidriges Verhalten des einen Teils dem anderen Teile gegenüber schadensersatzpflichtig macht. Wenn auch die in Rede stehenden Pflichten einer wesentlich sittlichen Grundlage entspringen, so hindert dieser Umstand doch nicht, die Verantwortlichkeit des verletzenden Teiles für sein Tun und Unterlassen aus anderen Gesetzesvorschriften, z. B. aus der Vorschrift des § 826 BGB., wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, herzuleiten. Danach ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Es steht nichts im Wege, diese Vorschriften auch auf das Verhältnis der Eheleute anzuwenden; denn gegenüber Handlungen, die sich nicht nur als Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten, sondern auch als Verletzung im Sinne des § 826 BGB. darstellen, darf auch der Ehegatte desjenigen Schutzes nicht entbehren, der jedem anderen auf Grund des Gesetzes zuteil wird."

Diese Ausführungen erscheinen im Ergebnisse zutreffend (vgl. Dernburg § 33, A. 1).

Da das Gesetz eine besondere Schadensersatzpflicht wegen Verletzung der ehelichen Pflichten nicht bestimmt, ist die vorliegende Frage nach den allgemeinen Bestim-

mungen zu beantworten. Dann wird aber in erster Linie zu prüfen sein, ob nicht aus dem § 823 BGB., der mit seinem umfassenden Ausdrucke „oder ein sonstiges Recht“ grundsätzlich an jede schuldhafte Rechtsverletzung eine Schadensersatzpflicht knüpft, eine allgemeine Schadensersatzpflicht wegen jeder schuldhaften Eherechtsverletzung zu entnehmen ist. Das Reichsgericht spricht sich hierüber nicht mit Bestimmtheit aus. Die Erwägung, daß die ehelichen Pflichten in erster Linie sittlicher Natur sind, schließt die Zugehörigkeit zu den „sonstigen Rechten“ des § 823 nicht aus, da ja die §§ 1353 f. BGB. diese Pflichten zu Rechtspflichten machen. Überdies ist es grundsätzlich anerkannt, daß die „sonstigen Rechte“ auch Familienrechte umfassen (vgl. Achilles § 823,2 c). Da also das Gesetz die ehelichen Rechte nicht ausdrücklich ausschließt, würden sie seinem Wortlaute nach der Bestimmung des § 823 unterliegen. Verletzungen ehelicher Rechte werden aber aus ähnlichen Gründen nicht zu den Verletzungen der „sonstigen Rechte“ des § 823 zu rechnen sein, wie Vertragsverletzungen des Schuldners. Diese fallen nicht unter die allgemeine Vorschrift des § 823, weil ihre Folgen vom Gesetze besonders geregelt sind (vgl. R. G. 19. 12. 02, Bd. 53, 200). Ebenso ist daraus, daß das Gesetz an die Verletzung ehelicher Pflichten besondere Folgen, insbesondere die Ehescheidung, knüpft, der Wille des Gesetzes zu entnehmen, sie von der allgemeinen Bestimmung des § 823 auszunehmen.

Gegen die Anwendung des § 826 auf das Verhältnis der Eheleute bestehen um so weniger Bedenken, als er selbst auf sittliche Gesichtspunkte Bezug nimmt. Nach dem § 826 machen nur die Handlungen verantwortlich, welche auf Vorsatz beruhen. Aber auch nicht jede vorsätzliche Verletzung der ehelichen Pflichten ist zugleich ein Verstoß gegen die guten Sitten. Hierzu gehört ein unzweifelhafter Verstoß gegen das „herrschende Volksbewußtsein, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ (Achilles § 826,1).

Selbstverständlich hat der Ehemann auch dann einen Schadensersatzanspruch, wenn die Frau bei Ausübung ihres Berufes einen der besonderen Tatbestände des § 823 erfüllt. Ist die schädigende Handlung in einem nach den oben dargelegten Grundsätzen dem Manne gegenüber an sich rechtswidrigen Geschäftsbetriebe erfolgt, so bedarf die Rechtswidrigkeit keines besonderen Nachweises.

Wie das gegen die ehewidrige Berufstätigkeit gerichtete Urteil nur in beschränktem Maße vollstreckbar ist, so findet nach dem hier Ausgeführten dem Wesen der Ehe gemäß ein mittelbarer Zwang durch Androhung von Schadensersatzansprüchen auch nur unter besonderen Voraussetzungen statt.

§ 9. Lösung des Widerstreits beruflicher Rechtspflichten mit den ehelichen Interessen.

Mit der um der Ehe willen gebotenen Unterlassung der Berufstätigkeit der Frau können Rechtspflichten anderer Art in Widerspruch treten.

Regelmäßig ist die Frau zur Übernahme solcher Pflichten unbeschränkt befähigt, und sie bleiben regelmäßig selbst dann unberührt, wenn dem Manne ein unmittelbarer Unterlassungsanspruch gegeben ist.

In manchen Fällen jedoch schützen schon die allgemeinen Bestimmungen die ehelichen Interessen vor Schmälerung durch anderweite Verpflichtungen der Frau. So kann die Begründung einer mit den Ehepflichten unvereinbaren Verbindlichkeit, etwa wenn sie die Verpflichtung der Frau enthält, sich dauernd von der ehelichen Gemeinschaft fernzuhalten, ein Verstoß gegen die guten Sitten und daher gemäß § 138 BGB. nichtig sein.

Beim Dienstvertrage, beim Handlungsgehilfen- und Handlungslehrvertrage, beim Auftrage, beim Verwahrungsvertrage mit Vereinbarung einer Verwahrungsfrist, bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der offenen Handelsgesellschaft kann die Eingehung der Ehe oder eine Veränderung der ehelichen Pflichten der Frau einen

„wichtigen Grund“ zur Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechtes geben (§§ 626, 671, 696, 723 BGB., 70, 77, 133 HGB.), und beim Dienstvertrage, der die Leistung von Diensten höherer Art zum Gegenstande hat, beim Handlungslehrvertrage während der Probezeit und beim Verwahrungsvertrage ohne Vereinbarung einer Frist hat die Frau immer die Möglichkeit, sich zugunsten ihrer Ehepflichten von ihren vertraglichen Pflichten zu befreien, da ihr hier immer das Recht zu fristloser Kündigung zusteht (§§ 627, 696 BGB., 77 HGB.) (vgl. v. Staudinger, § 1358,2b).

v. Staudingers Kommentar und viele andere Ausleger räumen dem Manne, wenn die Erfüllung der Vertragspflichten der Frau mit seinen ehelichen Ansprüchen unvereinbar ist, das Recht ein, auf Grund des § 1353 zu verlangen, daß die Frau von ihrem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Diese Auslegung erscheint unzutreffend, denn der § 1353 gibt dem Manne nur darauf einen Anspruch, daß die Frau nicht über ihrer Berufstätigkeit ihre ehelichen Pflichten versäume, und daß sie ihre Tätigkeit unterlasse, wenn sie an sich ehewidrig ist. Dagegen werden im allgemeinen seine Rechte durch die Frage nicht berührt, ob die Erfüllung der Ehepflichten anderweiten Verbindlichkeiten der Frau zuwiderläuft. Daß aber Rechte, die nur irgendwie mittelbar mit dem Wesen der Ehe zusammenhängen, im § 1353 keine Stütze finden, ist schon bei einer anderen Gelegenheit ausgeführt worden.

In den Fällen andrerseits, wo das Gesetz zur Vermeidung des Widerstreites sonstiger Rechtspflichten mit den ehelichen Pflichten der Frau besondere Bestimmungen gibt, gibt es nicht der Frau, sondern dem Manne das Recht, die ehewidrigen Verpflichtungen zu lösen. Wie in den vorher erwähnten Fällen die Frau das Recht hatte, aus „wichtigen Gründen“ Vertragsverhältnisse zu kündigen, so kann sie bei der Führung von Vormundschaften gemäß § 1889 BGB. ihre Entlassung verlangen, wenn ein „wichtiger Grund“ vorliegt, und ein solcher

kann auch hier mit der Eingehung der Ehe oder mit einer Veränderung der ehelichen Pflichten gegeben sein.

Für den besonderen Fall der Ehefrau aber bestimmt der § 1887 Abs. 2 BGB., daß die Frau, außer wenn der Mündel ein Kind des Mannes ist, vom Vormundschaftsgerichte entlassen werden muß, wenn der Mann seine Zustimmung zur Übernahme oder zur Fortführung versagt oder die Zustimmung widerruft, und nach dem § 1783 soll die Frau nur mit Zustimmung des Mannes zum Vormunde bestellt werden. Der Wille des Mannes ist für das Vormundschaftsgericht unbedingt bestimmend, selbst wenn die vormundschaftlichen Pflichten mit den Ehepflichten wohl vereinbar sind, eine Zurücksetzung der Frau, die ihrer allgemeinen Rechtsstellung wenig zu entsprechen und die, jedenfalls in dieser Ausdehnung, keineswegs notwendig zu sein scheint (vgl. Strübe S. 298).

Übrigens kann das Vormundschaftsgericht auch ohne den Willen des Mannes und der Frau einen Widerstreit der vor Eingehung der Ehe von der Frau übernommenen Vormundspflichten mit den ehelichen Pflichten verhüten, da es gemäß § 1887 Abs. 1 die Frau, wenn sie sich verheiratet, von Amts wegen entlassen kann (vgl. Strübe a. a. O.).

§ 10. Insbesondere das Kündigungsrecht des § 1358 BGB.

Für einen größeren Kreis von Verpflichtungen bestimmt der § 1358 BGB.: „Hat sich die Frau zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt."

Das Kündigungsrecht gilt nur für Verpflichtungen, welche die Frau nach Eingehung der Ehe übernommen hat; so die herrschende Meinung (vgl. v. Staudinger, § 1358,2b), während Strübe mit anderen die Bestimmung

auf voreheliche Verpflichtungen ausdehnt (S. 312). Da das BGB. nicht nur regelmäßig im Eherechte, sondern fraglos auch in dem zweiten Satze des § 1358, das Wort Frau im Sinne von Ehefrau anwendet, so erscheint es unzweifelhaft, daß es im ersten Satze demselben Sprachgebrauche folgt. Ist aber hier „Frau" gleich „Ehefrau" zu setzen, so ist es nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes sicher, daß es mit dem Ausdrucke „hat sich die Frau – verpflichtet" nur die Verpflichtungen meint, welche die Ehefrau als solche übernommen hat. Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung bestätigt, da zunächst ein Anfechtungsrecht gegenüber Verpflichtungen, welche die Frau nach Eingehung der Ehe übernommen hat, in Aussicht genommen war, das dann durch das Kündigungsrecht des § 1358 ersetzt wurde (vgl. Schmidt § 1358,1). Überdies erscheint die Ausdehnung des Kündigungsrechtes auf voreheliche Verpflichtungen den Gläubigern des Mannes gegenüber unbillig, während sich die Bestimmung für die nach Eingehung der Ehe übernommenen Verbindlichkeiten durch die Erwägung rechtfertigen läßt, daß hinsichtlich der Eigenschaft der Frau als Ehefrau „wie in Ansehung der Geschäftsfähigkeit dem anderen Teile die Erkundigungspflicht obliegt" (Mugdan S. 62).

Der § 1358 bezieht sich ferner nur auf rechtsgeschäftliche Verpflichtungen, denn von anderen Verbindlichkeiten kann man nicht sagen, daß die Frau sie selbst begründet, selbst „sich verpflichtet hat". Daher gehören gesetzliche Verpflichtungen nicht hierher, und das von Düringer-Hachenburg für die Anwendbarkeit des § 1358 gegebene Beispiel der Geschäftsführung ohne Auftrag scheint nicht zutreffend (Einl. A. 41).

Ebenso ist aus dem zuletzt angeführten Ausdrucke des Gesetzes zu entnehmen, daß es sich nur um Verpflichtungen handelt, die auf einem Privatrechtsgeschäfte beruhen. Verpflichtungen öffentlich rechtlicher Natur (z. B. Pflichten der Frau als öffentlicher Beamtin) sind daher

der Anwendung des § 1358 selbst dann entzogen, wenn die Frau sie freiwillig übernommen hat (vgl. v. Staudinger, § 1358,2a).

Nicht anwendbar ist der § 1358 insbesondere auf die Frau als Konkursverwalterin, da sie als solche als ein öffentliches Organ anzusehen ist, während die Tätigkeit der Frau als Testamentsvollstreckerin privatrechtlicher Art ist und daher dem Kündigungsrechte unterliegt (Strübe S. 299).

Endlich gilt der § 1358 nur für Verpflichtungen zu einer von der Frau „in Person zu bewirkenden Leistung". Steht ihr die Wahl frei, die geschuldete Handlung persönlich oder durch einen Vertreter vorzunehmen, so ist sie nicht verpflichtet, in Person zu leisten; daher gilt in diesem Falle der § 1358 nicht (a. A. Strübe S. 296). Ob diese Verpflichtung gewollt ist, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Beim Dienstvertrage, beim Auftrage, beim Verwahrungsvertrage und bei der Gesellschaft spricht eine gesetzliche Auslegungsregel für die Verpflichtung in Person (§§ 613, 668, 691, 713 BGB.; vgl. v. Staudinger, § 1358,2a). Als Fälle beruflicher Leistungen der Frau, die nach Absicht der Parteien regelmäßig in Person zu bewirken sind, seien die von Strübe angeführten Beispiele wiederholt: die Tätigkeit als Waschfrau, Amme, Näherin, Schauspielerin, Erzieherin, Sprachlehrerin, Cellistin, Schriftstellerin, Malerin, als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, als Komplementarin einer Kommanditgesellschaft, als Agentin, Kommissionärin, Spediteurin, Buchhalterin, Handlungsreisende.

Die Voraussetzung der Erteilung der Ermächtigung, Beeinträchtigung der ehelichen Interessen, ist dann gegeben, wenn nach den dargelegten Grundsätzen die Tätigkeit der Frau mit ihren Pflichten gegen den Mann, und wenn sie mit den sonstigen ehelichen Obliegenheiten, insbesondere solchen, welche die Kinder betreffen, unvereinbar ist. Angesichts des allgemeinen und unbestimmten Ausdrucks „Beeinträchtigung der Interessen"

ist hier kein Unterschied zwischen einer Berufstätigkeit, die an sich widerrechtlich ist, und einer solchen zu machen, die nur mittelbar widerrechtliche Säumnisse im Gefolge hat.

Oben ist ausgeführt worden, daß bei der Feststellung der aus dem Wesen der Ehe zu folgernden Pflichten der Eheleute gegeneinander nicht nur zu fragen ist, was im Interesse einer möglichst vollkommenen Gemeinschaft wünschenswert sei, daß vielmehr in gewissem Umfange daneben auch die persönlichen Interessen der Eheleute berücksichtigt werden müssen. Dasselbe muß für die Feststellung der „ehelichen Interessen" im Sinne des Gesetzes gelten. Darüber hinaus aber darf das Gericht, da nach dem Wortlaute des Gesetzes ausschließlich die ehelichen Interessen maßgeblich sind, die Interessen der Frau nicht, und die Interessen des Dritten darf es selbst dann nicht berücksichtigten, wenn einer geringfügigen Beeinträchtigung der ehelichen Interessen, ein jenen drohender, unverhältnismäßig großer Schaden gegenübersteht. Ihre Grenze findet die Pflicht des Vormundschaftsgerichts zu ausschließlicher Berücksichtigung der ehelichen Interessen nur in der Erwägung, daß es nicht seine Sache sein kann, dem Manne zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden Verhalten die Hand zu bieten. Immerhin wird das Gericht zur Klarstellung der Sachlage regelmäßig nicht nur die Frau, sondern auch den Dritten, zu hören haben.

Der Ausdruck „wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit – beeinträchtigt" verlangt dem strengen Wortsinne nach, daß die Beeinträchtigung bereits gegenwärtig sein müsse. Da es aber unmöglich der Wille des Gesetzes sein kann, daß das Gericht z. B. gegenüber einer Verbindlichkeit, welche die Frau für die Zukunft, und zwar ohne daß etwa eine solche Verpflichtung durch besondere Umstände gerechtfertigt erschiene, verpflichtet, sich dauernd von der häuslichen Gemeinschaft fernzuhalten, mit der Erteilung der Ermächtigung zur Kündigung warten müsse, bis eine Beeinträchtigung tatsächlich erfolgt, so wird man auch eine von der Frau erst für die Zukunft geschuldete

Tätigkeit, von der mit Sicherheit zu erwarten ist, daß sie die ehelichen Interessen beeinträchtigen werde, im Sinne des Gesetzes als eine solche bezeichnen müssen, von der „sich ergibt, daß sie die ehelichen Interessen beeinträchtigt." Diese Auslegung scheint allgemein als selbstverständlich unterstellt zu werden (vgl. Strübe S. 305). Immerhin bleibt der Unterschied, daß, wenn die Tätigkeit erst bevorsteht, die Unvereinbarkeit der dem Dritten geschuldeten Leistung mit der Erfüllung der ehelichen Pflichten sich aus der Beschaffenheit der geschuldeten Leistung mit Notwendigkeit ergeben muß, während bei bereits gegenwärtiger Beeinträchtigung das Gericht die Ermächtigung selbst dann erteilen muß, wenn die Frau bei zweckmäßigerer Einrichtung in der Lage wäre, beide Pflichten ohne Schmälerung zu vereinigen; denn das Gesetz verlangt nur eine tatsächliche Beeinträchtigung durch die geschuldete Tätigkeit. Geschuldet aber muß die Tätigkeit sein, und die Voraussetzung für die Ermächtigung ist nicht gegeben, wenn die Beeinträchtigung dadurch geschieht, daß die Frau anderes oder in anderer Weise leistet, als sie dem Dritten schuldet; denn unzweifelhaft meint das Gesetz nur die Tätigkeit, welche die Frau auf Grund ihrer Verpflichtung dem Dritten gegenüber ausübt.

Das Verfahren für die Erteilung der Ermächtigung bestimmt sich nach dem Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hiernach wird die Erteilung der Ermächtigung regelmäßig erst mit der Rechtskraft wirksam; nur bei Gefahr im Verzuge kann das Gericht die sofortige Wirksamkeit der Verfügung anordnen (§ 53). Gegen die Verfügung findet gemäß § 60,6 die sofortige Beschwerde statt, die unzweifelhaft der Frau zusteht, von der herrschenden Meinung aber dem Dritten abgesprochen wird (vgl. Düringer-Hachenburg Einl. A. 43). Wenn jedoch, wie die herrschende Meinung mit Recht annimmt, das Recht der Frau aus dem zwischen ihr und dem Dritten bestehenden Verhältnisse durch die Schaffung

der Grundlage für die Aufhebung desselben beeinträchtigt wird (§ 20), so ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde eine Beeinträchtigung des Rechtes des Dritten aus demselben Verhältnisse zu verneinen sein soll (vgl. Strübe S. 306). Daher ist die Verfügung, durch welche die Ermächtigung erteilt wird, nicht nur der Frau sondern auch dem Dritten zuzustellen.

Streitig ist, ob das Gericht die Ermächtigung an eine Bedingung oder Zeitbesimmung knüpfen oder eine Ermächtigung zu bedingter oder befristeter Kündigung erteilen kann. v. Staudingers Kommentar folgert daraus, daß das Gesetz das Gericht beim Vorliegen der Voraussetzungen schlechthin zur Erteilung der Ermächtigung verpflichtet, daß die Ermächtigung nur schlechthin, nicht auch bedingt oder befristet, erfolgen könne (§ 1358,2a). Da aber die Zulässigkeit der Bedingung und Befristung die Regel bildet, so scheint aus dem Schweigen des Gesetzes vielmehr zu folgen, daß auch die Ermächtigung bedingt und befristet werden kann (vgl. Planck § 1358,1c). Gründe der Billigkeit gegen die Frau und den Dritten, deren Interessen freilich nur in dem vorhin angegebenen Umfange brücksichtigt werden dürfen, lassen überdies die Zulässigkeit der Bedingung und Befristung höchst erwünscht erscheinen; z. B. kann eine Befristung der Ermächtigung sich empfehlen, um der Frau die Möglichkeit zur Fortsetzung der Tätigkeit zu gewähren, bis ihr nach den unten zu besprechenden Grundsätzen ein angemessener Vergütungsanspruch zusteht, oder um dem Dritten zur Beschaffung geeignetes Ersatzes Zeit zu lassen, und eine Bedingung des Inhalts, daß der Dritte sich mit der Frau über eine anderweite, den ehelichen Interessen unschädliche Einrichtung der Tätigkeit einige, kann in geeigneten Fällen den Schaden verhüten, der jenen von der Kündigung droht.

Andererseits läßt v. Staudinger mit anderen die Ermächtigung zu einer befristeten Kündigung zu (§ 1358,7). Da aber das Gesetz ausdrücklich und ausschließlich von

fristloser Kündigung spricht, scheint diese Auslegung nicht zutreffend, und aus der Unzulässigkeit der Befristung dürfte die Unzulässigkeit auch der Bedingung zu folgern sein. Ein Bedürfnis für die Zulassung der Ermächtigung zu bedingter und befristeter Kündigung liegt übrigens nicht vor, da, wie dargelegt, die Zufügung dieser Klauseln zur Ermächtigung möglich erscheint.

Ganz unzulässig scheint es, ohne einen gesetzlichen Anhalt den Dritten der Willkür des Mannes auszusetzen, indem man dem Manne die Befugnis zuspricht, nach seinem Belieben fristlos oder unter Einhaltung einer Frist zu kündigen (so Planck § 1358,1b). Bedenklich genug ist es schon, daß es dem Belieben des Mannes überlassen ist, ob er alsbald nach Erteilung der Ermächtigung oder später kündigen will.

Wirksam ist die auf die Ermächtigung gestützte Kündigung auch dann, wenn jene, etwa auf Grund falscher Angaben des Mannes, erteilt worden ist, ohne daß eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen vorliegt; sie ist dagegen unwirksam, wenn es sich nicht um eine von der Frau in Person zu bewirkende rechtsgeschäftliche Leistung handelt; denn dann fehlt es an einer Voraussetzung des Kündigungsrechtes selbst (vgl. Planck § 1358,1a; Strübe S. 306).

Die Kündigung erfolgt mangels einer Formvorschrift durch formlose Erklärung (v. Staudinger § 1358,3). Ob sie der Frau oder dem Dritten gegenüber vorzunehmen ist, ist nicht ausdrücklich bestimmt. Sinngemäß kann sie nur dem Dritten gegenüber erfolgen, dessen Interessen zwecklos gefährdet würden, wenn es dem guten Willen der Frau überlassen bliebe, ob sie ihn von der Kündigung benachrichtigen will (vgl. Planck § 1358,8b). Die Kündignng des Testamentsvollstreckeramts wird in entsprechender Anwendung des § 2226 BGB. an das Nachlaßgericht zu richten sein (Strübe S. 300).

Die Kündigung löst das Rechtsverhältnis für die Zukunft (Planck § 1358,1d). Zur Nachleistung der aus der Zeit

vor der Kündigung rückständigen Leistungen, soweit eine solche möglich ist, bleibt die Frau daher verpflichtet (vgl. Strübe S. 301). Sie kann trotz des Erlöschens des Rechtsverhältnisses auch zu solchen Leistungen verpflichtet bleiben, die erst nach der Kündigung fällig werden, und zwar nicht nur wenn, wie in den von Strübe angeführten Beispielen (die Erzieherin verläßt ihre Pfleglinge in hilfloser Lage; die Ärztin unterbricht die begonnene Operation) die sofortige Einstellung der Tätigkeit mit Strafe bedroht wäre, sondern in dem Umfange, in welchem, wie erwähnt, überhaupt die Berücksichtigung der Interessen des Dritten neben den grundsätzlich allein maßgeblichen ehelichen Interessen zulässig und erforderlich erscheint. So würde z. B. die Frau gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie das von ihr als Prokuristin geleitete Geschäft dadurch zugrunde richtete, daß sie es auf die Kündigung hin sofort im Stiche ließe, obgleich sie es ohne wesentliche Beeinträchtigung der ehelichen Interessen weiterführen könnte, bis der Geschäftsinhaber Vorsorge getroffen hätte.

Bei entgeltlichen Geschäften ist die Frage, ob der Frau für die bisher geleistete Tätigkeit ein Vergütungsanspruch zusteht, nach den Bestimmungen des § 323 BGB. zu beantworten; denn wenn auch die Fortsetzung der Tätigkeit tatsächlich möglich bleibt, so wird sie doch mit der Lösung des Rechtsverhältnisses als geschuldete Leistung unmöglich, und die Unmöglichkeit ist regelmäßig ein weder von der Frau noch von dem Dritten zu vertretender Umstand. Daher verliert die Frau, wenn die ganze Leistung auf Grund der Kündigung unterbleibt, den Anspruch auf die Vergütung; bei teilweiser Unmöglichkeit verringert er sich nach den für die Minderung beim Kaufe gegebenen Bestimmungen (vgl. Strübe S. 303). Hat der geleistete Teil der Tätigkeit für den Dritten kein Interesse, so wird beim Dienstvertrage der Frau in entsprechender Anwendung des § 628 BGB. der Vergütungsanspruch zu versagen sein; denn die Lage des Dritten ist dieselbe, als wenn die Frau aus einem „wichtigen Grunde“ vorzeitig gekündigt hätte,

und es liegt kein Grund vor, die Frau, welche eine mit den Ehepflichten unvereinbare Verbindlichkeit übernommen hat, hier günstiger zu stellen als in jenem Falle (vgl. Planck § 1358,II; dagegen Strübe a. a. O.).

Die Kündigung bezieht sich auf das Rechtsverhältnis, dem die Verpflichtung der Frau entspringt, als Ganzes (so Planck § 1358,II und die herrschende Meinung). Staubs Kommentar ist der Meinung, es sei nur die Absicht des Gesetzes, die Verpflichtung der Frau zu der persönlichen Tätigkeit zu beseitigen, während etwaige sonstige Bestandteile des Rechtsverhältnisses bestehen blieben (Einl. A. 74). In der Tat kann die Auflösung des ganzen Rechtsverhältnisses der Frau und dem Dritten über den Zweck des Gesetzes hinaus schweren Nachteil zufügen, wenn etwa die Verpflichtung der Frau zu der persönlichen Leistung nur einen beiden Parteien unwesentlichen Bestandteil eines zwischen der Frau und dem Dritten bestehenden umfangreichen Rechtsverhältnisses bildet. Da aber das Gesetz von „dem Rechtsverhältnisse“ spricht, scheint es unzweifelhaft, daß es die Wirkung der Kündigung auf das Rechtsverhältnis als Ganzes ausdehnen will; es hätte sonst bestimmen müssen, daß „die Verpflichtung“ kündbar sei. Diese durch den Wortlaut des Gesetzes gebotene Auslegung zu ändern, scheint umsoweniger zulässig, als auch die Staubsche Auslegung Unbilligkeiten zur Folge haben würde, dann z. B., wenn, umgekehrt wie in dem vorhin erwähnten Falle, die persönlichen Leistungen der Frau den Parteien die Hauptsache wären, und es von den nur in einzelnen Fällen helfenden allgemeinen Bestimmungen abhinge, ob es ihnen möglich wäre, sich von dem ihnen lästigen Überreste des Rechtsverhältnisses zu befreien.

Andererseits ergreift die Kündigung das Rechtsverhältnis nur insoweit, als es rechtlich eine Einheit bildet; sie erstreckt sich nicht auf Rechtsverhältnisse, die nur wirtschaftlich mit jenem zusammenhängen. Daraus können sich ähnliche Unbilligkeiten ergeben, wie vorher aus der

Staubschen Auslegung. Bisweilen wird sich aus der Kündigung ein „wichtiger Grund“ zur Lösung von Rechtsverhältnissen ergeben, welche die Parteien im wirtschaftlichen Zusammenhange mit der persönlichen Verpflichtung der Frau begründet haben. Inwieweit das zu kündigende Rechtsverhältnis von den Parteien als rechtliche Einheit gewollt und von anderen, wirtschaftlich eng damit zusammenhängenden Rechtsverhältnissen zu sondern ist, ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden und kann sehr zweifelhaft sein.

Besonders folgenreich kann das Kündigungsrecht gegenüber Gesellschaftsverhältnissen der Frau werden. Beispielsweise seien die offene Handelsgesellschaft und die Aktiengesellschaft besprochen. Bei beiden ist zu prüfen, ob die Frau als Gesellschafterin oder auf Grund eines anderen Rechtsverhältnisses, etwa eines Dienstvertrages, die persönlichen Leistungen schuldet. Im zweiten Falle bleibt die Mitgliedschaft der Frau unberührt, im ersteren wird sie durch die auch hier formlose Erklärung des Mannes aufgehoben, was bei der offenen Handelsgesellschaft nach dem § 131 HGB. regelmäßig die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Nach dem § 114 HGB. ist die Geschäftsführungspflicht regelmäßig im Mitgliedschaftsverhältnisse enthalten. Aber auch wenn gemäß § 114 Abs. 2 die Geschäftsführung unter Ausschluß der übrigen Gesellschafter der Frau übertragen ist, bildet die Geschäftsführungspflicht einen Bestandteil der Mitgliedschaft im Gegensatze zu „Rechtsakten, aus denen nur der mandatsmäßige Übertragungswille hervorgeht“ (Staub § 114 A. 4).

Auch dem Mitgliede der Aktiengesellschaft können gemäß § 212 HGB. Verpflichtungen auferlegt werden, welche in Person zu bewirken sind (vgl. Staub § 212 A. 4). Solche Verpflichtungen sind dann Bestandteile ihres Rechtsverhältnisses gegenüber der Gesellschaft, das daher auch hier als Ganzes der Kündigung unterliegt. Da die Kündigung mangels einer Ausnahmevorschrift auch hier die Lösung des ganzen Rechtsverhältnisses zur Folge hat,

kann die Frau hier die Rückzahlung ihrer Einlage verlangen (anders ohne Begründung Düringer-Hachenburg Einl. A. 64). Beruht dagegen die Verpflichtung der Frau auf ihrer Stellung als Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats, so trifft die Kündigung nur dieses besondere Verhältnis und läßt die Mitgliedschaft bestehen. Denn die Verleihung des Amtes als Vorstand ist nach dem § 231 HGB. frei widerruflich, die des Amtes als Aufsichtsratsmitglied gemäß § 243 HGB. nur für bestimmte Zeit gültig, beide stehen also unabhängig neben der Mitgliedschaft, während bei der offenen Handelsgesellschaft die Geschäftsführungspflicht einem Mitgliedschaftsrechte entspricht (vgl. Staub § 231 A. 14 u. 22, § 243 A. 4 u. 8).

Einen Schadensersatzanspruch hat regelmäßig der Dritte weder gegen die Frau noch gegen den Mann, denn die Kündigung ist die Ausübung eines gesetzlichen Rechtes. Selbstverständlich können nach den allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzansprüche begründet sein, wenn etwa die Frau den Dritten über ihre Eigenschaft als Ehefrau getäuscht, oder wenn der Mann die Ermächtigung vom Vormundschaftsgerichte durch falsche Angaben erwirkt hat. Auch steht nichts im Wege, daß die Frau dem Dritten für die Nichtausübung des Kündigungsrechtes garantiert (vgl. Planck § 1358,1 d).

Setzt die Frau die Tätigkeit fort, so hat der Mann den Unterlassungsanspruch, wenn ihm dieser nach den oben dargelegten Grundsätzen zusteht. Ein besonderes Untersagungsrecht, etwa wenn die Frau nicht ihre Pflichten gegen den Mann, sondern ihre Pflichten bezüglich der Kinder verletzt, gewährt der § 1358 nicht (vgl. v. Staudinger § 1358,8). Für das von Wieruszowski (§ 5 II 4d) gegebene Untersagungsrecht des Mannes gegen den Dritten und für einen Schadensersatzanspruch gegen ihn bietet das Gesetz keine Grundlage; denn eine Rechtsverletzung gegen den Mann kann wohl in der Leistung durch die Frau, nicht aber in der Entgegennahme der Leistung liegen (vgl. v. Staudinger a. a. O.).

Da das Kündigungsrecht bestimmt ist, die Frau von ehewidrigen Verpflichtungen zugunsten der ehelichen Interessen zu befreien, kann es seinen Zweck nicht erfüllen, wenn keine Aussicht besteht, daß die Frau die ehelichen Pflichten erfüllen werde. Daher bestimmt der § 1358 weiter, daß das Kündigungsrecht dem Manne nicht zusteht, solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Sinngemäß kann das nicht gelten, wenn die Frau in Erfüllung ihrer Pflichten gegen den Dritten die häusliche Gemeinschaft aufgehoben hat; denn in diesem Falle ist die Aufhebung kein Beweis dafür, daß die Frau trotz Lösung ihres Rechtsverhältnisses zum Dritten sich der Erfüllung der ehelichen Pflichten entziehen werde, und es ist undenkbar, daß das Gesetz eine an sich der Kündigung unterliegende Verbindlichkeit der Frau deshalb bei Bestande lassen wolle, weil sie die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zur Folge hat (vgl. Planck § 1358,2c; dagegen Strübe S. 310).

Das Gesetz macht zwar die Ausübung der Kündigung von bestimmten Voraussetzungen abhängig; es kann aber im einzelnen Falle fraglich sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Kündigung gegeben sind, insbesondere kann es zweifelhaft sein, ob eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen vorhanden ist oder vom Vormundschaftsgerichte angenommen werden wird. Die Frau wäre daher auch in den Fällen, wo das Kündigungsrecht nach dem Willen des Gesetzes nicht eingreifen soll, der Gefahr ausgesetzt, daß Dritte aus Besorgnis vor dem Kündigungsrechte des Mannes eine Geschäftsverbindung mit ihr ablehnten. Der § 1358 bestimmt daher weiter, daß das Kündigungsrecht ausgeschlossen ist, „wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hat“, und läßt in gewissen Fällen die Ersetzung dieser Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht zu.

Mangels einer anderweiten Regelung ist die Zustimmung formlos und kann vor oder nach Abschluß des Geschäftes, der Frau oder dem Dritten gegenüber, auch unter einer

Bedingung oder Zeitbestimmung erklärt werden (vgl. v. Staudinger 1358,5). Die Bestimmungen der §§ 182 f. BGB. finden keine Anwendung, da es sich nicht um eine Zustimmung handelt, von der die Wirksamkeit des Geschäftes abhängig ist (so Planck § 1358,2a; anders Düringer-Hachenburg Einl. A. 49). Insbesondere ist, da das Gesetz schlechthin bestimmt, daß das Kündigungsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Mann seine Zustimmung erteilt hat, und da es der Zweck der Bestimmung ist, die Unangreifbarkeit des Geschäftes außer Zweifel zu stellen, auch die vor dem Abschlusse des Geschäftes erteilte Zustimmung unwiderruflich. Erkennt der Mann erst nachträglich, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt, so ist er gleichwohl gebunden, wenn ihm nicht nach den allgemeinen Grundsätzen ein Anfechtungsrecht gegenüber seiner Zustimmung zusteht (vgl. Planck § 1358,2a).

Da das Gesetz die Zustimmung des Mannes schlechthin für zulässig erklärt, kann der Mann auch absichtlich sein Kündigungsrecht gegenüber einer Verpflichtung, welche die ehelichen Interessen beeinträchtigt, ausschließen, wenn nicht etwa die Erteilung der Zustimmung gegen die guten Sitten verstößt. Unzweifelhaft aber fordert das Gesetz die Zustimmung zu jedem einzelnen Geschäfte. Die von Düringer-Hachenburg (Einl. A. 51) vertretene Meinung, daß der Mann eine allgemeine Zustimmung zu Geschäften bestimmter Art erteilen könne, und daß die allgemeine Einwilligung in den Geschäftsbetrieb der Frau die Zustimmung zu den in demselben abgeschlossenen Geschäften der im § 1358 bezeichneten Art enthalte, scheint mit dem Wortlaute des Gesetzes im Widerspruche zu stehen; denn das Gesetz spricht nur von einer Zustimmung zu „der Verpflichtung", kennt also nur eine besondere Zustimmung zu jeder einzelnen Verpflichtung. Die Folge hiervon ist freilich, daß die Zulassung der Zustimmung des Mannes ihren Zweck nur zum Teil erfüllen kann. Wenn dem Geschäftsbetriebe die häufig wiederholte Eingehung von Verpflichtungen zu persönlichen Leistungen wesentlich ist,

wie etwa beim Kommissionsgeschäfte, und der Abschluß der Geschäfte keinen Aufschub gestattet, werden sich die Geschäftsfreunde der Frau der Gefahr der Kündigung wegen leicht abhalten lassen, ihr ihre Aufträge zu erteilen. Daher ist das Kündigungsrecht selbst bei Einigkeit der Eheleute unter Umständen geeignet, den Geschäftsbetrieb der Frau zu untergraben. Gleichwohl erscheint es nicht zulässig, das Kündigungsrecht über den Wortlaut des Gesetzes hinaus einzuschränken, da unzweifelhaft das Gesetz das Kündigungsrecht des § 1358 als eine notwendige Folgerung aus seiner Auffassung des Wesens der Ehe ansieht.

Aus dem gleichen Grunde wird eine vertragliche Ausschließung des Kündigungsrechtes nur in demselben Umfange zulässig sein, wie nach dem Gesagten eine bindende Zustimmung des Mannes möglich ist. Die Eheleute können hiernach das Kündigungsrecht für ein bestimmtes Geschäft selbst dann ausschließen, wenn es mit den ehelichen Interessen unvereinbar ist. Unzulässig aber scheint eine allgemeinere Vereinbarung. Die herrschende Meinung läßt eine allgemeine Ausschließung des Kündigungsrechtes für bestimmte Arten von Verpflichtungen, z. B. Bühnenverträgen, zu, ähnlich wie vorher einige Ausleger eine allgemeinere Zustimmung für zulässig hielten (vgl. Planck § 1358,6).

Die Zustimmung sowohl wie die Kündigung kann der Mann nach § 1358 Abs. 3 nicht durch einen Vertreter erklären, und der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Mann bedarf nicht der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Selbstverständlich ist es zulässig, daß er sich eines Boten bedient (vgl. Planck § 1358,3).

Die Begründung der geschäftlichen Sicherheit, welche das Gesetz der Frau zu gewähren wünscht, überläßt es nicht der Willkür des Mannes. Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung des Mannes ersetzen, wenn sich deren Verweigerung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt (§ 1358 Abs. 2). Unter dieser Voraussetzung muß das

Gericht von seiner Befugnis Gebrauch machen (vgl. v. Staudinger § 1358,5b 5). Als Verweigerung der Zustimmung ist es auch anzusehen, wenn der Mann innerhalb einer angemessenen Frist keine Erklärung abgibt (vgl. Strübe S. 309). Mißbräuchlich ist die Verweigerung dann, wenn eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen ausgeschlossen erscheint.

Dies ist auch die Voraussetzung, unter welcher das Gericht von der weiteren ihm durch den § 1358 erteilten Befugnis Gebrauch zu machen hat. Es kann die Zustimmung auch dann ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (vgl. v. Staudinger a. a. O.). Die Begriffe Krankheit und Abwesenheit umfassen, abgesehen von dem Falle zwangsweiser Verhinderung, in welchem auf andere Weise Abhilfe zu schaffen ist, alle Möglichkeiten der Behinderung des Mannes. Auch der von Düringer-Hachenburg (Einl. A. 54) angeführte Fall der Untersuchungshaft wird unbedenklich zur Abwesenheit zu rechnen sein.

Gefahr liegt im Verzuge, wenn der Frau bei Verzögerung der Zustimmung die Gelegenheit zum Abschlusse eines Geschäftes entgehen würde (Düringer-Hachenburg a. a. O.). Zur Stellung des Antrages auf Ersetzung der Zustimmung ist ausschließlich die Frau befugt, denn nur zu ihren gunsten ist die Ersetzung zugelassen (vgl. Planck § 1358,2b 2).

Die Bestimmung des § 1358 stellt eine sehr erhebliche Durchbrechung des Grundsatzes beruflicher Gleichstellung beider Eheleute dar, und es ist bemerkt worden, daß er große Gefahren für die Berufstätigkeit der Frau mit sich bringt, und zwar zum Teil Gefahren, die sich ohne Gefährdung des Zweckes der Vorschrift nicht würden vermeiden lassen. Es ist hier nicht zu erörtern, auf welche Weise das Gesetz durch Abänderung seiner Bestimmung die Frau vor vermeidbarer Schädigung hätte bewahren können. Soweit das aber nicht möglich ist, scheint das Gesetz im Rechte, wenn es angesichts der eigenartigen

Bedeutung, welche den häuslichen Obliegenheiten der Frau im Interesse der Ehe zukommt, mit großer Entschiedenheit Sorge trägt, daß die Frau ihren ehelichen Pflichten nicht durch Ansprüche Dritter entzogen werde, und da die Frau selbst es zu verantworten hat, wenn sie Verpflichtungen übernimmt, die mit ihren ehelichen Obliegenheiten unvereinbar sind, scheint es nicht unbillig, daß nicht ihr, sondern dem Manne das Kündigungsrecht eingeräumt wird.

§ 11. Das eheliche Namensrecht und der Beruf der Frau.

„Die Frau erhält" mit der Eingehung der Ehe „den Familiennamen des Mannes" (§ 1355 BGB.), und zwar, wie sich aus anderen Bestimmungen, insbesondere dem § 1577, ergibt, nicht neben, sondern an Stelle ihres bisherigen Namens (vgl. Opet-v. Blume § 1355,[3]).

Nun kann für den Beruf der Frau die Führung eines anderen als des ihr nach dem § 1355 zukommenden Namens erwünscht sein, z. B. kann für die heiratende Handelsfrau die Fortführung ihres bisherigen Namens, unter dem ihr Geschäft bekannt geworden ist, für die heiratende Künstlerin die Fortführung ihres Künstlernamens von hohem Werte sein.

Regelmäßig steht der Frau, wenn sie statt des Ehenamens einen anderen Namen führen will, nach den allgemeinen Grundsätzen des Namensrechtes nichts im Wege (vgl. Opet-v. Blume § 1355,[3]). Ja, der Grundsatz der Firmenwahrheit ist in erster Linie um ihretwillen in einem wesentlichen Stücke durchbrochen worden. Nach § 21 BGB. kann nämlich „die bisherige Firma fortgeführt werden", wenn „ohne eine Änderung der Person der Name des Geschäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters geändert" wird, und diese Bestimmung ist dem neuen HGB. insbesondere mit Rücksicht auf heiratende Frauenspersonen eingefügt worden, denen die Notwendigkeit der Firmenänderung großen Nachteil

bringen und so die Eingehung der Ehe erschweren könne (vgl. Hahn-Mugdan S. 546).

Wo das Gesetz die Angabe des Familiennamens verlangt, muß die Frau regelmäßig den Namen des Mannes, als ihren gesetzlichen Familiennamen, führen. So muß sie in eine nach Eingehung der Ehe begründete Firma gemäß § 18 HGB. ihren Familiennamen, d. h den des Mannes, aufnehmen, und hat sie einen „offenen Laden" oder eine „Gast- oder Schankwirtschaft" so muß sie nach § 15a der Gewerbeordnung „an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft", gegebenenfalls neben der auf einen anderen Namen lautenden Firma, den Ehenamen anbringen.

„Einem zuständigen Beamten gegenüber" muß sie nach § 360,8 StGB. bei Vermeidung von Strafe sich ihres Ehenamens als des ihr gemäß § 1355 allein „zukommenden" Namens bedienen.

Auch können die Rechte Dritter die Frau in der Freiheit der Wahl des von ihr zu führenden Namens beschränken. Insbesondere kann nach § 12 BGB. der zum Gebrauche eines Namens Berechtigte, wenn sein Interesse dadurch verletzt wird, daß ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, von dem Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung klagen. Dieser Vorschrift unterliegt der von der Frau in ihrem Berufe geführte Name, wenn er von dem ihr nach § 1355 zustehenden Namen abweicht (vgl. Opet-v. Blume § 1355,3); denn die Führung eines anderen Namens ist, wie gesagt, regelmäßig zwar nicht rechtswidrig, aber auch nicht rechtmäßig; sie ist rechtlich gleichgültig und wird, wenn sie die Rechte anderer verletzt, rechtswidrig, „unbefugt". Zur Begründung des Anspruches aus dem § 12 genügt die Verletzung bloßes „Affektionsinteresses" (Achilles § 12,3).

Wenn die Frau gemäß § 21 HGB. ihren alten Namen weiterführt, so ist sie hier vor Angriffen aus § 12 BGB. oder verwandten Bestimmungen, etwa von seiten eines die

gleiche Firma führenden Konkurrenten, geschützt; denn dann ist die Führung des alten Namens nicht unbefugt (vgl. Staub § 21,[2] und die folgenden Ausführungen).

Bestritten ist die Frage, ob und inwieweit die Frau dem Manne gegenüber zur Führung des Ehenamens verpflichtet ist. Der § 1355 sagt hierüber nichts. Mit Unrecht sehen Wetzel (S. 78 f.) und Wieruszowski (§ 3 A. 15) in ihm die Festsetzung einer Verpflichtung der Frau; er enthält nichts weiter als die Verleihung des Namens. Unzulässig ist es auch, wenn Opet-v. Blume (§ 1355,[3]) das Entscheidungsrecht des Mannes auf die Namensführung der Frau ausdehnen; denn der § 1355 gilt natürlich nicht nur für die Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens, sondern auch für die persönlichen Angelegenheiten der Frau. Da aber, wie die Motive (Mugdan S. 59) zutreffend ausführen, in der Verleihung des Familiennamens des Mannes an die Frau ein Ausdruck der umfassenden Bedeutung der ehelichen Lebensgemeinschaft liegt, so folgt aus dem Grundsatze des § 1353 die gegenseitige Pflicht der Eheleute, nicht ohne Grund zu verhindern, daß ihre Lebensgemeinschaft in dieser vom Gesetze gewollten Form nach außen zur Erscheinung komme. Unrichtig scheint es jedoch, obgleich es allgemein geschieht, eine eigentümliche Pflicht der Frau zur Führung des Ehenamens aufzustellen (vgl. Planck § 1355,[1a]). Denn eine andere Grundlage für diese Pflicht, als der § 1353, scheint nach dem Gesagten nicht erfindlich. Aus dem Grundsatze der ehelichen Lebensgemeinschaft folgt aber für Mann und Frau in gleichem Umfange die Pflicht, ihre Zusammengehörigkeit durch Führung des gemeinsamen Namens zum Ausdruck zu bringen. Zwar liegt in der Wahl des männlichen Namens eine – den sozialen Verhältnissen entsprechende – Bevorzugung des Mannes und damit eine Verstärkung der Pflicht der Frau zur Führung des Ehenamens, weil die Frau, wenn sie einen anderen Namen führt, nicht nur die Zusammengehörigkeit der Eheleute, sondern auch jenes Vorrecht des Mannes verleugnet. Dem Umfange nach aber wird

durch diesen Gesichtspunkt die Pflicht der Frau nicht erweitert. Die Frau ist und bleibt zur Führung des Ehenamens im gleichen Umfange verpflichtet wie der Mann. Für die Frau stimmt das hier gefundene Ergebnis mit der allgemeinen Lehre insofern überein, als grundsätzlich die Frau dem Manne gegenüber verpflichtet erscheint, die Führung eines anderen als des Ehenamens zu unterlassen.

Hieran wird durch die Bestimmung des § 21 HGB. nichts geändert. Mit Unrecht nehmen einige Schriftsteller (auch Staub in den früheren Auflagen zu § 21) an, im Anwendungsgebiete des § 21 HGB. sei die Weiterführung des alten Namens vor Untersagungsansprüchen jeder Art geschützt. Träfe das zu, so wäre der Mann, wenn die Frau bei Eingehung der Ehe eine auf ihren bisherigen Namen lautende Firma führt, niemals berechtigt, die Ersetzung dieses Namens durch den Ehenamen zu verlangen. Düringer-Hachenburg (§ 21, II) erwidern dieser Auslegung, der § 21 HGB. lasse die Rechte des Ehemannes deshalb unberührt, weil er nur Firmenrecht enthalte, weil er nichts weiter bestimme, als daß der Grundsatz der Firmenwahrheit der Fortführung des alten Namens nicht hinderlich sein solle. Diese Begründung scheint nicht ganz zutreffend. Schon an einer anderen Stelle ist darauf hingewiesen worden, daß die Frau im Anwendungsgebiete des § 21 Ansprüchen aus § 12 BGB. nicht unterliegt. Indem Düringer-Hachenburg (§ 37 A. 9) diese Auffassung ebenfalls vertreten, geben sie zu, daß der § 21 nicht lediglich firmenrechtlicher Art ist; denn sonst hätte er nicht die Kraft, andere als firmenrechtliche Angriffe abzuwehren. Der § 21 HGB. bestimmt mangels einer Einschränkung seinem Wortlaute nach ganz unzweifelhaft, daß die Weiterführung des alten Namens schlechthin, nicht nur firmenrechtlich, zulässig ist. Soviel aber ist unbedenklich aus seiner Stellung im Firmenrechte des HGB. zu entnehmen, daß er nicht in Untersagungsrechte eingreifen will, die schlechthin, ohne Rücksicht darauf gegeben sind, ob die zu untersagende Führung des Namens an sich

rechtmäßig ist oder nicht. Das ist wohl auch der Sinn der neuen Ausführungen im Staubschen Kommentar (§ 21,2), der § 21 lasse „durch das BGB. gegebene Untersagungsrechte“ unberührt. Zwar ist ein auf den § 12 BGB. gestützter Untersagungsanspruch ebensowohl die Ausübung eines „durch das BGB. gegebenen Untersagungsrechtes“ wie ein Anspruch aus § 1353 BGB. Der Unterschied liegt aber darin, daß der § 12 sich nur gegen eine an sich schon unbefugte Namensführung richtet, während es für den Tatbestand des § 1353 gleichgültig ist, ob die zu untersagende Namensführung, an sich, von der Verletzung des § 1353 abgesehen, rechtswidrig ist oder nicht.

Wird hiernach das Untersagungsrecht des Mannes durch den § 21 HGB. nicht berührt, so ist es doch aus anderen Gründen sehr eingeschränkt. Denn jenes Zumausdruckbringen der ehelichen Lebensgemeinschaft scheint nicht so wichtig, daß um seinetwillen erhebliche berechtigte Interessen der Eheleute zurücktreten müßten. Natürlich darf die Frau nicht schon deshalb den Ehenamen verleugnen, weil ein anderer ihr besser gefällt, und wenn der Beruf der Frau mit den ehelichen Interessen unverträglich ist, wird der Mann regelmäßig keinen Anlaß haben, ihr durch Aufgabe seines Rechtes auf Führung des Ehenamens entgegenzukommen. Erscheint aber aus billigen Gründen die Wahl eines anderen als des Ehenamens vorteilhafter für den Beruf der Frau, so wird das Wesen der Ehe dem Manne im allgemeinen kein Recht geben, ihr die Führung dieses Namens zu untersagen (übereinstimmend wohl Opet-v. Blume § 1353,3; ähnlich Planck § 1355,1a und v. Staudinger § 1355,3, die aber nur vom Pseudonym und von der Hinzufügung des alten Namens zum Ehenamen sprechen).

Da das Recht des Mannes gegen die Frau auf Unterlassung der Führung eines anderen als des Ehenamens auf dem § 1353 beruht, da insbesondere der § 1355 kein besonderes Recht des Mannes auf Führung seines Namens durch die Frau bestimmt, kann Wetzels Meinung (S. 79),

daß die Klage des Mannes wegen der Namensführung eine gewöhnliche Zivilklage sei, nicht zutreffen; sie ist vielmehr, wie auch sonst allgemein angenommen wird, eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (vgl. v. Staudinger § 1355,2).

§ 12. Vertragliche Regelung der personenrechtlichen Verhältnisse der Eheleute zugunsten des Berufes der Frau.

Die besprochenen Rechte und Pflichten der Eheleute gegeneinander sind zwingender Natur (vgl. Planck vor § 1353 Nr. 6). Sie sind notwendige Folgerungen aus der gesetzlichen Auffassung des Wesens der Ehe. Die §§ 1353 und 1354 enthalten die Grundlage der Rechtsordnung über die Ehe, und der § 1356 hebt einige Wirkungen des allgemeinen Grundsatzes hervor.

Die Frau ist daher nicht in der Lage, sich zugunsten ihres Berufes vertraglich von diesen gesetzlichen Ehepflichten zu befreien. Gleichwohl scheint die Entscheidung des R. G. vom 29. 5. 05 (Bd. 61, 53) zu weit zu gehen, nach welcher in diesen Beziehungen für rechtsgeschäftliche Abmachungen der Ehegatten überhaupt kein Raum ist. Denn wenn die Eheleute die sich aus den allgemeinen Bestimmungen für ihren besonderen Fall ergebenden Folgerungen vertraglich festlegen wollen, so scheint dem nichts im Wege zu stehen. Ein solcher Vertrag bedarf, da er nicht die güterrechtlichen Verhältnisse der Eheleute betrifft, nicht der für den „Ehevertrag" vorgeschriebenen Form (vgl. Planck Nr. 1 vor § 1432).

Ob ein solcher Vertrag eine Anwendung oder ob er eine Ausschließung der gesetzlichen Bestimmungen enthält, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden.

An einen seine Rechte beschränkenden Vertrag ist der Ehemann nach dem Gesagten zwar im allgemeinen nicht gebunden. Immerhin wird er bisweilen auf sein vertragliches Versprechen einige Rücksicht nehmen müssen, da eine rücksichtslose Geltendmachung der vertraglich aufgegebenen Rechte unter Umständen gegen den § 1353

verstoßen würde. In ähnlichem Sinne heißt es bei v. Staudinger (§ 1353,6), das Herstellungsverlangen könne im Hinblick auf eine Vereinbarung als Mißbrauch erscheinen.

Eine Vereinbarung, die zur Zeit des Vertragsschlusses gültig war, kann bei veränderter Sachlage mit dem Gesetze in Widerspruch treten und daher ihre Wirksamkeit verlieren (vgl. Endemann § 169 A. 3).

Nach alledem begibt sich die Frau auf ein sehr unsicheres Gebiet, wenn sie ihre personenrechtlichen Ehepflichten zugunsten ihres Berufes vertraglich regeln will.

§ 13. Das Hausrecht an den Geschäftsräumen der Frau in der Ehewohnung.

Wie die Wahl der Wohnung, so untersteht die Bestimmung ihrer Benutzung für die Zwecke des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens dem Entscheidungsrechte des Mannes (vgl. v. Staudinger § 1354,1). Ist er, wie im Regelfalle, Eigentümer oder Mieter der Wohnung, so steht ihm auch im übrigen über die Benutzung der Wohnung das Bestimmungsrecht zu. Die Frau hat aber auf Grund des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft den Anspruch auf ordnungsmäßige Mitbenutzung der Wohnung und, wenn es den Verhältnissen der Eheleute entspricht, auf Zuweisung angemessener Räume zu ihrem ausschließlichen Gebrauche.

Es entsteht die Frage, inwiefern das Hausrecht des Mannes geeignet ist, auf die Benutzung der Ehewohnung durch die Frau für ihre beruflichen Zwecke einzuwirken.

Die Frau scheint nicht auf das Recht beschränkt, vom Manne zu verlangen, daß er ihr die Mitbenutzung der Ehewohnung gestatte. Die Zulassung der Frau zur Ehewohnung ist im allgemeinen eine so wichtige und selbstverständliche Voraussetzung der ehelichen Gemeinschaft, daß man in der Eingehung des Eheschließungsvertrages die Erklärung des Mannes finden muß, er verzichte für die Dauer der Berechtigung der Frau zur ehelichen Lebensgemeinschaft mit ihm auf die Ausübung seines Hausrechtes

an der Ehewohnung gegen die Frau. Die Frau ist daher berechtigt, die Wohnung des Mannes, die ordnungsmäßig als Ehewohnung zu dienen hat, auch gegen sein Verbot zu benutzen, und der Mann kann ihr das auch dann nicht verwehren, wenn sie in der Ehewohnung eine mit den ehelichen Pflichten unvereinbare Berufstätigkeit ausüben will; denn die Ausübung eines ehewidrigen Berufes gibt als solche dem Manne kein Recht zur Verweigerung der Lebensgemeinschaft überhaupt. Das Hausrecht des Mannes tritt gegen die Frau erst dann wieder in Kraft, wenn ihm Gründe – nach § 1353 Abs. 2 insbesondere Scheidungsgründe – zur Seite stehen, die ihn nach den allgemeinen Bestimmungen zur Aufhebung der Gemeinschaft berechtigen.

Anders steht es mit den Personen und Sachen, welche die Frau in die Ehewohnung einbringen will. Da sie berechtigt ist, die Wohnung auch für ihre persönlichen Angelegenheiten zu benutzen, kann sie vom Manne verlangen, daß er ihr die Aufnahme beliebiger Personen und Sachen in die Ehewohnung gestatte, soweit sie dadurch nicht gegen ihre ehelichen Pflichten verstößt. Ein weitergehender stillschweigender Verzicht des Mannes auf sein Hausrecht als in dem angegebenen Umfange gegen die Person der Frau wird aber nicht ohne weiteren Beweis im Eheschlusse zu finden sein. Daher ist der Mann nicht nur zur Wahrung seiner ehelichen Rechte von seinem Hausrechte Gebrauch zu machen befugt, sondern er kann, wenngleich unter Verletzung seiner ehelichen Pflichten, auch soweit die Frau in rechtmäßiger Ausübung ihres Berufes handelt, den Personen, die sie in die Ehewohnung aufnehmen will, sein Haus verbieten, und die Berufsgerätschaften der Frau aus der Ehewohnung entfernen.

Der Mann bleibt auch auf Grund seines Hausrechts befugt, die mit seiner Einwilligung zum Gebrauche der Frau für ihre persönlichen Angelegenheiten bestimmten Räume, also auch die in der Ehewohnung befindlichen Geschäftsräume der Frau, zu betreten. Denn die still-

schweigende Einräumung eines gegen den Einräumenden wirkenden Hausrechts, wie sie seitens des Vermieters einer Wohnung an den Mieter zu erfolgen pflegt, auch bei der Verteilung der Räume der Ehewohnung anzunehmen, liegt kein Grund vor. Im übrigen muß der Frau an den Räumen der Ehewohnung, die mit Zustimmung des Mannes ihrem persönlichen Gebrauche dienen, oder die ihr auf Grund der ehelichen Rechte ordnungsmäßig zum persönlichen Gebrauche zukommen, aus den gleichen Gründen ein eigenes Hausrecht zugestanden werden, wie dem Mieter einer Wohnung. Andere Personen dürfen also, außer mit Zustimmung des Mannes, ihre Geschäftsräume in der Ehewohnung gegen ihren Willen nicht betreten.

§ 14. Das Hausrecht an den abgesonderten Geschäftsräumen.

Natürlich ist die Frau durch ihre Ehepflichten im allgemeinen nicht gehindert, neben der Ehewohnung für die Zwecke ihres Berufes eine besondere Wohnung zu haben. Mit Unrecht wird ihr dieses Recht in der Entsch. des R. G. vom 7. 10. 01 (J. W. 01, 781) anscheinend nur mit Beschränkungen und Vorbehalten zugestanden. Das im § 1354 gegebene Wohnungsbestimmungsrecht des Mannes bezieht sich selbstverständlich nur auf die Ehewohnung (vgl. Neumann § 1354,1). Im übrigen steht es der Frau, da sie natürlich regelmäßig nicht ihre ganze Zeit in der Ehewohnung zuzubringen verpflichtet ist, frei, sich in der Zeit, die ihrer eigenen Verfügung übrig bleibt, in einer eigenen Wohnung aufzuhalten. Ehewidrig können die Zwecke sein, um derentwillen die Frau eine eigene Wohnung mietet. Das Innehaben einer eigenen Wohnung berührt aber an sich regelmäßig die Rechte des Mannes nicht.

Hat die Frau neben der Ehewohnung für ihre beruflichen Zwecke eigene Räume, so stehen an diesen dem Manne keinerlei Rechte zu. Mit Unrecht führt Wetzel

(S. 82) aus, zwecks Ermöglichung gegenseitiger Kontrolle, die die Grundlage des Vertrauens bilde, müßten alle Wohnräume der Eheleute gemeinschaftlich sein. Das Gesetz gibt über die besonderen Wohnungen der Eheleute keine Bestimmung; ein allgemeines gegenseitiges Aufsichtsrecht der Eheleute ist aber, wie früher bemerkt, aus dem Grundsatze der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht abzuleiten.

Der Mann würde sich daher des Hausfriedensbruches schuldig machen, wenn er gegen das Verbot der Frau deren eigene Geschäftsräume beträte (vgl. R.G.St., 10.10.02, Bd. 35, 395, wo freilich mit Unrecht auf die Frage Wert gelegt wird, ob der Mann den Geschäftsbetrieb der Frau genehmigt hat).

§ 15. Der eheliche Wohnsitz.

Nach § 10 BGB. teilt die Frau den Wohnsitz des Mannes im Rechtssinne, und zwar regelmäßig auch dann, wenn sie sich niemals am Wohnorte des Mannes aufhält und nicht mit dem Manne zusammenlebt. Eine Ausnahme gilt nur, „wenn der Mann seinen Wohnsitz im Auslande an einen Ort verlegt, an den die Frau ihm nicht folgt und", nach den oben besprochenen Grundsätzen, „zu folgen nicht verpflichtet ist" (§ 10 BGB.).

Insbesondere ist daher mangels einer anderweiten Vereinbarung der Leistungsort für eine von der Frau nach Eingehung der Ehe begründete Verbindlichkeit gemäß § 269 BGB. der Wohnsitz des Mannes, und dort ist auch ihr allgemeiner Gerichtsstand aus § 13 ZPO.

Für Handelsfrauen und Gewerbefrauen, die gewerbliche Niederlassungen haben, werden die bedeutsamen Folgen der Abhängigkeit ihres Wohnsitzes von dem des Mannes dadurch vermindert, daß in vielen Beziehungen die gewerbliche Niederlassung, welche die Frau selbständig begründen kann, dem Wohnsitze gleichgestellt ist (vgl. §§ 21 ZPO., 269, 773,2 BGB.).

Ihren Wohnsitz - nach § 7 BGB. – selbständig begründen kann die Frau nur, „so lange der Mann keinen Wohnsitz hat oder die Frau" – im Falle des § 10 Satz 2 – „seinen Wohnsitz nicht teilt" (§ 10 Abs. 2).

16. Berufsgeheimnis, Geschäftsgeheimnis und Briefgeheimnis.

Von der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (§§ 353a bis 355 StGB.) und von der Pflicht zur Wahrung von Privatgeheimnissen, die ihr gemäß § 300 StGB. in ihrem Berufe anvertraut sind, ist die Frau mangels einer Ausnahmevorschrift – so wenig wie im umgekehrten Falle der Mann – dem Manne gegenüber nicht entbunden.

Aber auch abgesehen von den Fällen rechtlicher Schweigepflicht hat der Mann kein unbeschränktes Recht auf Auskunft über die beruflichen Angelegenheiten der Frau. Wenn diese für die eheliche Lebensgemeinschaft von Bedeutung sind, wenn etwa der Mann in begründetem Zweifel darüber ist, ob der Beruf der Frau sich mit ihren Ehepflichten verträgt, wird die Frau gemäß § 1353 zur Auskunfterteilung verpflichtet sein. Im übrigen aber begründet das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft den Anspruch auf Mitteilung persönlicher Angelegenheiten nur insoweit, als es nach dem Maßstabe normaler geistiger Gemeinschaft erforderlich ist, daß die Eheleute einander an ihrem äußeren und inneren Leben teilnehmen lassen.

Die Frau ist danach im allgemeinen ohne Zweifel berechtigt, Tatsachen, an deren Geheimhaltung sie ein billiges Interresse hat, insbesondere z. B. Geschäftsgeheimnisse, dem Manne auch dann vorzuenthalten, wenn er ihres Vertrauens nicht unwürdig ist.

Niemals ist der Mann berechtigt, die an die Frau gerichteten Briefe gegen ihren Willen zu öffnen (vgl. Dernburg § 32 A. 13). v. Staudingers Kommentar (§ 1354,1) räumt dem Manne auf Grund des Entscheidungsrechtes diese Befugnis dann ein, wenn der Inhalt des Briefes „das gemeinschaftliche eheliche Leben betrifft", was auch

bei einem Briefe, den die Frau in einer beruflichen Angelegenheit erhält, der Fall sein könnte. Die Entscheidung des Mannes kann aber nur dahin gehen, daß die Frau den Brief zu öffnen und ihm von seinem Inhalte Kenntnis zu geben habe; ein Recht zu zwangsweiser Vollstreckung seiner Entscheidung kommt dem Manne auf Grund des § 1354 keineswegs zu. Ebenso läge in allen anderen Fällen, wo der Mann auf Kenntnis des Inhalts eines an die Frau gerichteten Briefes ein Recht hat, in der eigenmächtigen Eröffnung des Briefes ein den Verhältnissen der Eheleute nicht angemessener Zwang (vgl. Goldmann). Insbesondere ist daher das Briefgeheimnis der Frau hinsichtlich der ihr zugehenden beruflichen Briefe dem Manne gegenüber unbeschränkt geschützt.

§ 17. Tätigkeit des Mannes im Geschäfte der Frau.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Mann auf Grund eines Vertrages der Frau bei der Ausübung ihres Berufes Hilfe leistet, insbesondere, daß er als angestellter Gehilfe in ihrem Geschäfte arbeitet. Wohl kann die Verpflichtung des Mannes zu untergeordneten Diensten unter Umständen mit seiner Stellung in der Ehe unvereinbar sein und daher gegen die guten Sitten verstoßen. Regelmäßig aber ist darin, daß ein Ehegatte für den anderen, auch gegen Vergütung, arbeitet, keine mit dem Wesen der Ehe unverträgliche Unterordnung zu finden, und bei der grundsätzlichen Gleichstellung der Eheleute kann für den Mann in dieser Beziehung keine Ausnahme gelten (vgl. v. Staudinger § 1356,8).

Da es aber mit dem Wesen der Ehe nicht unverträglich ist, daß ein Ehgatte zum anderen im Verhältnisse von Arbeitnehmer zum Arbeitgeber steht, sind die Ausführungen des Reichsversicherungsamtes in dem Urteile vom 30. 9. 98 (D. J. Z. 99, 22) unzutreffend, daß der Mann, wenn er im Geschäfte der Frau arbeite, neben der Frau als Leiter des Geschäftes anzusehen sei. Neuerdings hat auch das Oberverwaltungsgericht den Standpunkt eingenommen,

daß zwischen den Eheleuten, insbesondere also auch bezüglich der Arbeit des Mannes im Geschäfte der Frau, ein die Versicherungspflicht begründendes Arbeitsverhältnis möglich sei (s. Dernburg § 33 A. 3).

Kann sich hiernach der Mann vertraglich verpflichten, im Geschäfte der Frau zu helfen, so besteht eine der Arbeitspflicht der Frau aus dem § 1356 BGB. entsprechende gesetzliche Verpflichtung des Mannes doch niemals. Die Bestimmung des § 1356 hat ihren Grund darin, daß in vielen Fällen das Geschäft des Mannes die wirtschaftliche Grundlage der ehelichen Gemeinschaft bildet, und der Gedanke liegt nahe, daß dann, wenn ausnahmsweise die Frau durch ihr Erwerbsgeschäft die Familie ernährt, weil der Mann zur Beschaffung des Unterhalts außerstande ist oder sich der Gewährung böswillig entzieht, entsprechend der Mann zur Hilfe im Geschäfte der Frau verpflichtet sein müsse. Da aber das Gesetz diese naheliegende Bestimmung nicht getroffen hat, muß als sein Wille gelten, daß der Mann, der in erster Linie zur Beschaffung des Unterhaltes der Familie und des ehelichen Aufwandes verpflichtet ist, niemals zu einer bestimmten Art der Arbeit genötigt sein, daß vielmehr die Wahl der Wege zur Beschaffung der nötigen Mittel seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen bleiben soll.

§ 18. Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und das eheliche Güterrecht.

Da die eheliche Lebensgemeinschaft ihrem Begriffe nach die Lebensverhältnisse der Eheleute in jeder Beziehung umfaßt, ist sie an sich geeignet, auch auf ihr Vermögen einzuwirken; keineswegs ist wie Wetzel (S. 75) behauptet, die Lebensgemeinschaft ein begrifflicher Gegensatz zur Vermögensgemeinschaft. Danach wären die Eheleute verpfichtet, nach Maßgabe des Wesens der Ehe einander an ihrem Vermögen Anteil zu gewähren, auch soweit sie das Gesetz dazu nicht ausdrücklich verpflichtet, und von den güterrechtlichen Befugnissen, die das Gesetz ihnen gibt,

nur einen solchen Gebrauch zu machen, wie er dem Wesen der Ehe entspricht. In der Tat kommt Dernburg zu einem ähnlichen Ergebnisse (vgl. Dernburg § 4). Unbestreitbar führt allein diese Auffassung zu sittlich befriedigenden Ergebnissen, während nach der von Dernburg bekämpften herrschenden Meinung einerseits Ansprüche auf Vermögensleistungen, die dem sittlichen Wesen der Ehe nach begründet, aber im Gesetze nicht vorgesehen sind, rechtlicher Wirksamkeit entbehren, andererseits die Eheleute in vielen Beziehungen die ihnen vom Gesetze verliehenen Rechte am gegenseitigen Vermögen in höchst ehewidriger Weise mißbrauchen können, ohne gegen die Rechtsordnung zu verstoßen. Gleichwohl scheint die herrschende Meinung im Rechte zu sein. Zwar schließt das Gesetz nicht nur nirgends den Grundsatz des § 1353 für das Güterrecht ausdrücklich aus, sondern dieser Wille ist auch nicht mit voller Sicherheit aus seinen Bestimmungen zu folgern. Da aber das eheliche Güterrecht mit seinen verschiedenen Systemen den in der Hauptsache von personenrechtlichen Beziehungen handelnden „Wirkungen der Ehe im allgemeinen“ als geschlossenes Ganzes gegenüber steht, und da sich nirgends ein Hinweis darauf findet, daß die vom Gesetze ausgesprochenen güterrechtlichen Beziehungen der Eheleute nach Maßgabe des Wesens der Ehe wandelbar seien, so scheint es der Wille des Gesetzes zu sein, daß seine güterrechtlichen Bestimmungen unbeschränkt gelten sollen, und daß der Grundsatz des § 1353 vom Gebiete des Güterrechts ausgeschlossen sei, und dieser Gedanke scheint durch das Verfahren des Gesetzes so nahe gelegt zu werden, daß man ihn stillschweigend im Gesetze ausgedrückt finden kann. Daher scheint die auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gestützte und von der herrschenden Meinung als selbstverständlich vorausgesetzte Auslegung, wenn auch nicht erweislich richtig, so doch mit der tatsächlichen Fassung des Gesetzes vereinbar zu sein und, da sie dem Willen des Gesetzes zu entsprechen scheint, den Vorzug zu verdienen (vgl. Mugdan

S. 58; Planck und v. Staudinger zu § 1353,1 ; R. G. 29. 5. 05, Bd. 61, 53; an allen angeführten Stellen ist mit „persönlich" der Gegensatz zum Güterrechte gemeint).

Hiernach haben die Eheleute gegeneinander Rechte auf Gewährung von Vermögensstücken nur dann, wenn das Gesetz sie ausdrücklich bestimmt und sie sind rechtlich nicht gehindert, von ihren güterrechtlichen Befugnissen einen ehewidrigen Gebrauch zu machen, sofern sie dadurch nicht gegen andere Bestimmungen als den § 1353, etwa die §§ 226, 826 BGB., verstoßen.

Während unzweifelhaft die §§ 1356 und 1357, auch soweit sie vermögensrechtlicher Natur sind, nicht zum ehelichen Güterrechte im engeren Sinne gehören und daher dem Grundsatze des § 1353 unterstehen, sind die §§ 1360, 1361 BGB. wegen ihrer engen Verwandtschaft mit güterrechtlichen Bestimmungen (z. B. dem § 1427) hinsichtlich der Unwirksamkeit des § 1353 dem Güterrechte zuzurechnen, wie das die herrschende Meinung stillschweigend tut (vgl. Planck No. 5 vor § 1353 und v. Staudingers Kommentar § 1360,8 der zwar — wie es scheint mit Unrecht — neben der ordentlichen Klage eine Herstellungsklage auf Unterhaltsgewährung gibt, ohne aber dem Grundsatze des § 1353 die Wirkung einzuräumen, den durch den § 1360 bestimmten Unterhaltsanspruch mit Rücksicht auf das Wesen der Ehe zu verändern).

Innerhalb des ehelichen Güterrechts kommt der Maßstab des § 1353 nur insoweit in Betracht, als das Gesetz ausdrücklich (z. B. § 1360: „in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise") oder stillschweigend (z. B. § 1427: „einen angemessenen Beitrag") auf ihn verweist.

§ 19. Geltungsbereich der Gütertrennung.

Der Güterstand der Gütertrennung kann durch Ehevertrag eingeführt werden (§§ 1432–1434 BGB.), und zwar entweder ausdrücklich oder stillschweigend, indem schlechthin die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ausge-

schlossen oder die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft aufgehoben wird (§ 1436). In den letzteren Fällen gilt die Gütertrennung auch dann, wenn es dem Willen der Eheleute nicht entspricht. Sie tritt endlich auch dann kraft Gesetzes ein, wenn die Verwaltung und Nutznießung des Mannes nach § 1364 nicht eintritt, oder wenn die Verwaltung und Nutznießung auf Grund der §§ 1418–1420, die allgemeine Gütergemeinschaft auf Grund der §§ 1468, 1469, die Errungenschaftsgemeinschaft auf Grund der §§ 1542–1544, die Fahrnisgemeinschaft auf Grund des § 1549 endigt (§§ 1426, 1470, 1545, 1549; vgl. v. Staudinger Nr. 2 vor § 1426).

Einem Dritten gegenüber können aus dem Bestehen der Gütertrennung Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur dann hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit das Bestehen der Gütertrennung in dem Güterrechtsregister (§§ 1558–1563) des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war (vgl. v. Staudinger §§ 1431, 1435).

§ 20. Das eheliche Unterhalts- und Aufwandsrecht und das Geschäftsvermögen der Frau.

Im Stande der Gütertrennung stehen dem Manne keinerlei unmittelbare Rechte am Vermögen der Frau zu. Sie hat auch hinsichtlich ihres Vermögens im allgemeinen dieselbe unbeschränkt freie Stellung wie die unverheiratete Frau.

Mit Verpflichtungen zu Vermögensleistungen wird die Frau nur durch die §§ 1360 (in Verbindung mit § 1361) und 1427 BGB. belastet.

§ 1360 Abs. 2: „Die Frau hat dem Manne, wenn er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren."

§ 1427 Abs. 2: „Zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes hat die Frau dem Manne einen angemessenen Beitrag aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrage ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts zu leisten. Für die Vergangenheit kann der Mann die Leitung nur insoweit verlangen, als die Frau ungeachtet seiner Aufforderung mit der Leistung im Rückstande geblieben ist. Der Anspruch des Mannes ist nicht übertragbar."

Die zahlreichen Zweifelsfragen des ehelichen Unterhalts- und Aufwandsrechtes können hier nicht erörtert werden. Es soll nur festgestellt werden, welche Bestandteile des Vermögens der Frau, insbesondere ihres Berufsvermögens, für die auf Grund der Unterhaltungspflicht und der Beitragspflicht geschuldeten Leistungen haften.

Da die Frau „nach Maßgabe ihres Vermögens" unterhaltspflichtig ist, muß sie, wenn ihre Einkünfte nicht ausreichen, den Stamm ihres Vermögens opfern (vgl. v. Staudinger § 1360,2); es haften also nicht nur die Einkünfte, sondern auch die Vermögensgrundlage ihres Geschäftes für die Erfüllung ihrer ehelichen Unterhaltspflicht.

Während ferner die Höhe der Unterhaltspflicht sich – nicht nach dem tatsächlichen Erwerbe sondern – nach der Erwerbsfähigkeit der Frau bestimmt, ist die Beitragspflicht davon abhängig, daß die Frau tatsächlich Einkünfte aus ihrem Vermögen, dessen Stamm unberührt bleibt, oder Erträge aus ihrer Arbeit oder dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes bezieht (vgl. v. Staudinger §§ 1360,2, 1427,2).

Der Begriff des selbständigen Betriebes eines Erwerbsgeschäfts ist lebhaft umstritten, und seine Bestimmung ist auch für den Stand der Gütertrennung von Bedeutung, weil sie die Entscheidung darüber einschließt, ob es Erwerbsgeschäfte gibt, auf deren Erträge die Beitragspflicht des § 1427 sich nicht erstreckt.

Der Begriff des Erwerbsgeschäftes im Sinne des Gesetzes ist nicht auf bestimmte Zweige der Betätigung (etwa Han-

delsbetrieb, Gewerbebetrieb u. dergl.) beschränkt, sondern er umfaßt wie sich aus dem § 811,5,6 ZPO. ergibt, der die Tätigkeit von Künstlern, Handwerkern, gewerblichen Arbeitern und anderen Personen, welche aus Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, als Erwerbsgeschäft bezeichnet, im allgemeinen jede auf Gewinnung von Vergütung gerichtete Tätigkeit von einer gewissen, nicht allgemein zu bestimmenden Dauer, und nach den allgemeinen Grundsätzen ist es gleichgültig, ob die Tätigkeit persönlich oder durch einen Vertreter ausgeübt wird (vgl. Planck § 1405,2). Mit Unrecht fordern daher u. a. Opet-v. Blume (§ 1367,3) ein Grundkapital, und ebensowenig ist es zutreffend, wenn bei v. Staudinger (§ 1367,3-4) – nicht ausdrücklich, aber den Beispielen nach – der Geschäftsbetrieb dem Leiter des Unternehmens im Gegensatze zu den Angestellten vorbehalten wird. Sprachliche Bedenken gegen die Annahme, daß das Gesetz mit dem Ausdruck Erwerbsgeschäft die angegebene umfassende Bedeutung verbinde, bestehen nicht, da das vieldeutige Wort Geschäft im weitesten Sinne jede Tätigkeit bezeichnet. So ist auch hier bisher stillschweigend „Geschäft" mit „Beruf" gleichbedeutend angewendet worden.

Da das Gesetz zahlreiche den Erwerbsgeschäftsbetrieb begünstigende Vorschriften enthält, erscheint das u. a. bei v. Staudinger (a.a.O.) aufgestellte Erfordernis des Einklangs mit dem Gesetze und mit den guten Sitten für den Begriff des Erwerbsgeschäftes im Sinne des Gesetzes begründet.

Ein Geschäft, insbesondere ein Erwerbsgeschäft „betreiben" kann sprachlich nichts anderes bedeuten, als „die Geschäfts-, Erwerbsgeschäftstätigkeit – persönlich oder durch einen Vertreter – ausüben".

Daß das Wort „selbständig" nicht die Unabhängigkeit von einem Arbeitgeber, Prinzipal, Leistungsberechtigten, bezeichnet, ist bereits angedeutet worden. Die Angestellte, auch die Prokuristin, betreibt das Geschäft des

Prinzipals weder selbständig noch unselbständig (anders u. a. Opet-v. Blume § 1367,3). Sie betreibt es nicht, sondern der Prinzipal betreibt es durch sie; sie aber betreibt, wenn sie gegen Vergütung tätig ist, durch ihre Tätigkeit als Angestellte ein von dem des Prinzipals gesondertes Erwerbsgeschäft.

Ebenso sind die Fragen, ob Gesellschafterinnen, insbesondere die stille Gesellschafterin das Geschäft des von ihr unterstützten Kaufmanns, die Aktionärin, das Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, die Kommanditistin, die Komplementarin der Kommanditgesellschaft auf Aktien das Geschäft der Gesellschaft selbständig mitbetreiben, nicht aus der Bestimmung des Begriffs „selbständig" (so u. a. Planck § 1367,2) sondern aus der des Begriffs „betreiben" zu beantworten. Haben die Gesellschafterinnen überhaupt am Betriebe des Geschäftes der Gesellschaft Anteil, so steht ihnen als solchen auch das Erfordernis der Selbständigkeit nicht entgegen; denn „selbständig betreiben" bedeutet jedenfalls nicht „allein betreiben."

Die Aktionärin betreibt das Geschäft der Gesellschaft nicht; vielmehr betreibt es allein die Gesellschaft als juristische Person (vgl. Staub Einl. A. 49, § 118, § 210 A. 1.) Die stille Gesellschafterin betreibt das Geschäft des mit ihr verbundenen Kaufmanns nicht, sondern unterstützt es durch Kapitalbeteiligung (vgl. Staub Einl. A. 49, § 1 A. 18, § 335 A. 11). Auch bezüglich der übrigen erwähnten Gesellschafterinnen ist die Anwort aus der – umstrittenen, hier nicht zu erörternden – allgemeinen Auffassung ihrer Stellung als solcher und des Wesens der Gesellschaften zu entnehmen. Es wird auf die Ausführungen bei Staub über diese Fragen verwiesen (insbes. Einl. A. 49, § 105 A. 8, § 161 A. 6, § 320 A. 2, 10, 11).

Aber auch die von Planck (§ 1367,2) und vielen anderen gegebene Auslegung, wonach das Wort selbständig den Gegensatz zu dem Falle bezeichnet, daß der Mann auf Grund seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes das Geschäft im Namen der Frau betreibe, scheint auf einer

Vermischung der Begriffe „selbständiger Betrieb“ und „Betrieb“ schlechtweg zu beruhen. Denn in diesem Falle betreibt eben der Mann das Geschäft und zwar — was hier freilich nicht näher ausgeführt werden kann — nicht als Vertreter der Frau, sondern auf Grund seiner Rechte an ihrem Vermögen, und die Frau betreibt es weder persönlich noch, wie gesagt, durch den Mann als ihren Vertreter.

Cosack (HGB. § 11, 3b), mit dem Planck irrtümlich gleicher Meinung zu sein glaubt, bestimmt mit anderen den Begriff des selbständigen Betriebes als den Gegensatz zu der unter güterrechtlicher Oberleitung des Mannes geschehenden Führung des Geschäftes durch die Frau. Gegen diese Auslegung ist aus sprachlichen Gründen nichts einzuwenden; denn wenn die Frau unter Vorbehalt des auf der Verwaltung und Nutznießung des Mannes beruhenden Zustimmungsrechtes das Geschäft betreibt, so ist sie in der Tat in vielen Beziehungen vom Manne abhängig, ihm gegenüber in dem bisher allein beachteten Sinne des Wortes „unselbständig.“ Daß Cosacks Auslegung gleichwohl nicht zutreffend sein kann, ergibt sich aus dem hier zu besprechenden § 1427, der als Bestandteil des Rechtes der Gütertrennung unmöglich mit dem Worte selbständig einen allein den übrigen Güterständen angehörenden Begriff meinen kann, und, daß der Ausdruck „selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäftes“ in den §§ 1427 und 1367 verschiedene Bedeutungen habe, ist undenkbar. Dieselben Gründe widerlegen zugleich die vorher besprochene Plancksche Auslegung.

Es scheint nur übrig zu bleiben, mit der anderen Bedeutung des Wortes selbständig einen Versuch zu machen. „Selbständig“ hat neben jenem relativen Sinne auch die dem Begriffe „selbst“ sich nähernde Bedeutung „auf eigene Hand,“ „selbst,“ nicht durchaus im Sinne von „persönlich“ sondern im Gegensatze zu einer Person, an welche die Umstände den Gedanken nahelegen. Der Satz „die Frau betreibt selbständig ein Geschäft“ hat hiernach keinen wesentlich anderen Sinn als den: „Die Frau betreibt ein

Geschäft.“ Das Wort selbständig hat nur den Wert, die Tatsache, daß die Frau ein Geschäft betreibt, als nicht gewöhnlich hervorzuheben, anzudeuten, daß das Gesetz es für das Regelmäßige hält, daß nur der Mann einen Beruf ausübt, ein Geschäft betreibt, während die Frau, wenn auch sie geschäftlich tätig ist, regelmäßig ihre Tätigkeit dem Geschäfte des Mannes widme.

Diese Auslegung scheint im Ergebnisse mit den Staubschen Ausführungen übereinzustimmen. Der Staubsche Kommentar, der freilich die Plancksche und die Cosacksche Auslegung zu vermengen scheint, und der dem Manne das Recht, ein Geschäft der Frau in deren Namen zu betreiben, bestreitet, erklärt jeden Geschäftsbetrieb der Frau für selbständig (Einl. A. 48; vgl. auch Lehmann § 20,4 b).

Daß hiernach das Wort selbständig ohne wesentliche Änderung des Sinnes hätte wegbleiben können, kann nicht gegen diese Auslegung geltend gemacht werden; denn der Ausdruck des Gesetzes entspricht einem verbreiteten Sprachgebrauche, der eine besondere Berufstätigkeit, einen besonderen Geschäftsbetrieb der Frau als etwas nicht Regelmäßiges durch das Wort selbständig zu betonen pflegt.

Ebensowenig spricht die Berufung auf den gleichen Ausdruck im § 112 BGB. gegen die hier vertretene Auslegung. Wie unsicher dieses Beweismittel ist, zeigt sich darin, daß Planck und Cosack zur Begründung ihrer verschiedenen Auslegungen beide den § 112 heranziehen. Richtig verstanden scheint der § 112 vielmehr die hier vertretene Auslegung zu stützen. Denn man ist durchaus nicht gezwungen, anzunehmen, daß im § 112 das Wort selbständig die Wirkungen der Erteilung der Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters an den Minderjährigen zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes — in sehr unvollkommener und unklarer Weise — zusammenfasse. Es scheint gar nicht erforderlich, daß die Ermächtigung die beabsichtigten Folgen erwähne; vielmehr scheint die bloße Erklärung des gesetzlichen Vertreters zu genügen, er sei

damit einverstanden, daß der Minderjährige selbst (nicht der gesetzliche Vertreter für ihn) die den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ausmachenden Handlungen vornehme. Will der Minderjährige ohne die Ermächtigung ein Erwerbsgeschäft betreiben, so ist er nur zu ganz wenigen Rechtsgeschäften befähigt; betreibt er es mit der Ermächtigung, so hat er die ihm durch den § 112 verliehene freie Stellung. Selbständig auch im Sinne des § 112 ist der Betrieb in beiden Fällen; denn das Wort selbständig betont auch hier nur den Gegensatz zu dem Regelfalle, daß der gesetzliche Vertreter, nicht der Minderjährige persönlich, handelt.

Ist hiernach jeder Erwerbsgeschäftsbetrieb der Frau im Sinne des Gesetzes selbständig, so gibt es im allgemeinen keine auf Erwerb gerichtete Berufstätigkeit, deren Einkünfte nicht der Beitragspflicht des § 1427 unterlägen. Nur wenn die Berufstätigkeit (als Ganzes) gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt (z. B. ein von vornherein auf betrügerischen oder wucherischen Gewinn gerichtetes Unternehmen), ist die Frau nur mit den Erträgen des durch die Geschäftseinkünfte angesammelten Kapitals, nicht mit diesen selbst, beitragspflichtig. Die auffällige Tatsache, daß hiernach eine rechtlich oder sittlich verwerfliche Berufstätigkeit der Frau unter Umständen wirtschaftlich günstiger gestellt ist als eine andere, erklärt sich durch die Erwägung, daß das Gesetz den Mann nicht auf ein solches Geschäft der Frau als eine Einnahmequelle verweisen konnte.

Die durch den § 1427 weiter aufgestellte Beitragspflicht der Frau aus den Erträgen ihrer Arbeit bedarf hier keiner Erörterung, da sie nur soweit es sich um nicht berufsmäßige Arbeit handelt, eine selbständige Bedeutung hat (vgl. Planck § 1367,2).

Als Ertrag des Geschäftes ist nur der Reingewinn anzusehen. Die Frage, welche Einkünfte bei dessen Bestimmung mitzurechnen sind, wird regelmäßig gelegentlich des § 1367 erörtert. Da für ihre Beantwortung „allgemein

wirtschaftliche Gesichtspunkte“ maßgeblich sind (v. Staudinger § 1427,2 b), kommen für die Bestimmung des Reingewinns die Einkünfte in Betracht, die als Vergütung für die geschäftlichen Leistungen oder als Entschädigung für verminderte Erwerbsfähigkeit anzusehen sind. Daher gehören z. B. hierher Trinkgelder einer Kellnerin (Planck § 1367,3), eine Ehrendotation an eine Schriftstellerin (Schmidt § 1367,2 c), eine Pension, eine Invalidenrente (Planck § 1367,3), Schadensersatz für verminderte Arbeitsfähigkeit auf Grund einer unerlaubten Handlung (v. Staudinger § 1367,2), nicht dagegen allgemein Geschenke an eine Künstlerin, die von Privatpersonen als Ausdruck ihrer Huldigung gemacht werden (Planck § 1367,3), Renten aus dem Haftpflichtgesetze, auch wenn die Frau im Betriebe des Geschäftes auf sie den Anspruch erworben hat (vgl. v. Staudinger § 1367,2).

Unzweifelhaft und unbestritten ist nicht nur die Unterhaltspflicht des Mannes, sondern auch die der Frau zwingender Natur. Von der Beitragspflicht der Frau zur Tragung des ehelichen Aufwandes lehrt dagegen die auf die Materialien gestützte herrschende Meinung, daß der Mann auf sie gültig verzichten könne (vgl. Mugdan S. 177; Planck § 1427,7). Die Verteilung des ehelichen Aufwandes unter die Eheleute ist aber eine Angelegenheit, deren Regelung dem Wesen der Ehe nach nicht weniger wichtig erscheint, als die der Unterhaltspflicht. Zumal nun das Gesetz die Frau zur Leistung eines „angemessenen“ Beitrages verpflichtet, für die Bestimmung der Höhe des Beitrages also auf das Wesen der Ehe verweist, scheint es unzweifelhaft, daß im Sinne des Gesetzes die Verpflichtung der Frau, zur Tragung des ehelichen Aufwandes mitzuwirken, mit Notwendigkeit aus dem Wesen der Ehe folgt (vgl. Dernburg § 53 A. 3). Daher kann die Beitragspflicht der Frau nur dann vertraglich ausgeschlossen werden, wenn gleichzeitig ein vollwertiger Ersatz dafür geschaffen wird.

§ 21. Der § 1362 BGB.

Für alle Güterstände gleichmäßig gelten die Bestimmungen des § 1362 BGB. Sie enthalten zwei widerlegbare Vermutungen, deren erste aber so folgenreich ist, daß sie unter Umständen die Gütertrennung „illusorisch macht" (Dernburg § 36 A. 6).

§ 1362 Abs. 1: „Zugunsten der Gläubiger des Mannes wird vermutet, daß die im Besitze der Ehegatten oder eines der Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören." – –

Die Vermutung gilt nicht zugunsten des Mannes selbst, und sie bezieht sich nicht auf Grundstücke und Rechte, auch nicht auf Wertpapiere, die ein der Frau zustehendes Recht als solches ausdrücklich beurkunden, insbesondere die auf den Namen der Frau lautenden Namens- und Orderpapiere (vgl. Opet-v. Blume § 1362,1) und „hinkende Inhaberpapiere", z. B. Sparkassenbücher. Dagegen werden als bewegliche Sachen auch Grundstückszubehörungen (v. Staudinger § 1362,2a.a.), z. B. die in der Fabrik der Frau „zum Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften" (§§ 97, 98 BGB.), unter Umständen sogar Gebäude von der Vermutung betroffen, wenn sie nämlich in Ausübung eines dinglichen Rechtes mit einem fremden Grundstücke, oder wenn sie nicht mit dem Grund und Boden fest, oder nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden sind (§§ 94, 95), z. B. die gelegentlich einer Ausstellung errichteten Schaubuden. „Inhaberpapiere und Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind", führt das Gesetz ausdrücklich an (§ 1362 Abs. 1). Den Inhaberpapieren werden nach der Absicht des Gesetzes, die Gläubiger des Mannes gegen die Nachteile der unter den Eheleuten gewöhnlich eintretenden Vermögensvermischung zu schützen, auch Legitimationszeichen, die nicht auf einen bestimmten Namen lauten, z. B. Eisenbahnfahrkarten, zuzurechnen sein.

In diesem weiten Umfange gilt das Vermögen der Frau, insbesondere ihr Geschäftsvermögen, zugunsten der Gläubiger des Mannes selbst dann als dem Manne gehörig, wenn es sich im ausschließlichen (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitze der Frau, etwa in ihren eigenen Geschäftsräumen oder in den Händen ihrer Angestellten, befindet.

Die Vermutung äußert ihre Wirkung insbesondere auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung. Hier hat sie die Folge, daß die Gläubiger des Mannes sich grundsätzlich so an die im Besitze der Eheleute befindlichen beweglichen Sachen der Frau halten können, als ob die Frau für die Schulden des Mannes haftete. Sind die Sachen im Besitze des Mannes, oder ist die Frau zur Herausgabe bereit, so unterliegen sie der Pfändung nach §§ 808, 809 ZPO. In diesem Falle ist die Frau darauf angewiesen, die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. zu erheben. Ist die Frau im Besitze und verweigert sie die Herausgabe, so kann der Gläubiger den zu seinen Gunsten unterstellten Herausgabeanspruch des Mannes nach § 846 ZPO. pfänden lassen (vgl. Opet-v. Blume § 1362,3 d).

Läßt hiernach die besprochene Vermutung der Frau von ihrem Geschäftsvermögen an sich nur Grundstücke und Rechte unbestritten, so ist es zweifelhaft, inwieweit ihre Wirkungen durch den § 1362 Abs. 2 eingeschränkt werden. Er bestimmt: „Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, gilt im Verhältnisse der Ehegatten zu einander und zu den Gläubigern die Vermutung, daß die Sachen der Frau gehören."

Da die Bestimmung in ihrer Stellung in Abs. 2 als Ausnahmevorschrift zum ersten Absatze des § 1362 erscheint, ist sie, trotzdem allgemein von „Sachen" die Rede ist, nur auf bewegliche Sachen, und nur auf solche zu beziehen, die sich im Besitze der Eheleute befinden (vgl. Planck § 1362,3, Opet-v. Blume § 1362,2 und Schmidt

§ 1362,5a und 1b, wo diese Auslegung zugleich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung begründet wird).

Eine der zweifelreichsten Stellen des Gesetzes ist der Ausdruck die „ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten" Sachen. Er scheint nicht nur undeutlich und ungenau, sondern in mehreren Beziehungen falsch zu sein. Die zahlreichen Besprechungen der vorliegenden Bestimmung sind meist wenig eingehend, sodaß es vielfach unmöglich erscheint, zu erkennen, bei welchem der vielen zweifelhaften Punkte die Meinungen auseinandergehen. Häufig verweisen die Ausleger auf ihre Erörterungen gelegentlich des § 1366 BGB., der denselben Ausdruck gebraucht.

Das Wort Gebrauch zunächst pflegt bei der Auslegung nicht besonders erörtert zu werden. In der Tat scheint der regelmäßige sprachliche Sinn des Wortes zweifellos zu sein und daher keiner allgemeinen Begriffsbestimmung zu bedürfen. Später wird der Nachweis versucht werden, daß das Wort mehr sagt, als dem Willen des Gesetzes entspricht. Der Hinweis auf das Erfordernis einer anderen, weniger bedeutsamen Einschränkung scheint schon hier am Platze zu sein.

Ein einschränkender Sprachgebrauch bezeichnet einen Tatbestand, der an sich einen Gebrauch der Sache darstellt, nicht als Gebrauch, wenn zugleich an der Sache ein anderer Gebrauch geschieht, dem gegenüber jener als nebensächlich erscheint. Im Sinne dieses Sprachgebrauchs wird der Ausdruck des Gesetzes zu verstehen sein, da eine strenge Auslegung unbillig und zweckwidrig erschiene.

An sich ist der Aufenthalt in einem Raume ein Gebrauch des Raumes. Betritt aber der Mann einen Raum, den die Frau als Geschäftsraum gebraucht, nur für kurze Zeit, um ein Geschäft mit der Frau abzuschließen, so sagt man, daß nur die Frau, nicht der Mann, den Raum gebrauche. Hält sich der Mann, wenn auch nur besuchsweise, für längere Zeit in dem Raume auf, so wird der

Frau der dem Manne gegenüber ausschließliche Gebrauch des Raumes abzusprechen sein.

Besucht die Frau die Räume, in denen sie durch ihre Angestellten ein Geschäft betreibt, nur hin und wieder, um sich über den Stand des Geschäftes zu unterrichten, so „gebraucht" sie für ihre Person die Räume nicht. Hält sie sich länger darin auf, wenn auch ohne selbst geschäftlich tätig zu sein, so kann ihr Aufenthalt einen Gebrauch auch in der eingeschränkten Bedeutung darstellen.

Allgemeine Regeln, nach welchen sich entscheidet, wann der Tatbestand des Gebrauchs in dem engeren Sinne erfüllt ist, lassen sich nicht aufstellen. Der erwähnte Sprachgebrauch wird aber von Fall zu Fall bei der Entscheidung sowohl darüber, ob der Gebrauch der Frau, als, ob der Mitgebrauch des Mannes vorliegt, zu beachten sein.

Im Anschlusse hieran sei auf die für eine später zu erörternde Frage bedeutsame Tatsache hingewiesen, daß kein Grund vorzuliegen scheint, im Sinne des Gesetzes einen sachgemäßen, normalen Gebrauch zu verlangen. Wenn jemand, wie es in manchen Gegenden üblich ist, Geldstücke als Kleiderschmuck verwendet, so ist das kein sachgemäßer Gebrauch, zweifellos aber ein Gebrauch des Geldes.

Erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen über die Auffassung des Wortes „bestimmt". Man sucht die Zweckbestimmung teils in der objektiven Beschaffenheit der Sachen, teils im Willen des Mannes, der Frau oder eines Dritten, teils in beiden Merkmalen (vgl. v. Staudinger § 1366,3b, Opet-v. Blume § 1362,2). Keine dieser Auslegungen scheint zutreffend zu sein.

Sprachlich einwandfrei scheint allein die Auslegung, die ein subjektives Merkmal verlangt; denn eine Bestimmung kann streng genommen nur durch Willensentschluß getroffen werden. Diese Auslegung scheint aber deshalb unmöglich, weil eine gültige Bestimmung über eine Sache

nur von dem dazu Berechtigten, regelmäßig also vom Eigentümer, getroffen werden, eine Feststellung der Berechtigung aber nach dem Zwecke der Vorschrift als einer Eigentumsvermutung unmöglich Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 2 sein kann, während es andererseits undenkbar ist, daß das Gesetz eine „Bestimmung" der Frau, des Mannes oder eines Dritten, deren Berechtigung zu der Bestimmung völlig dahingestellt bleibt, als maßgeblich ansehe.

Die Annahme eines objektiven Maßstabes, die in der Gebrauchbarkeit der Sachen für die Frau die Bestimmung findet, setzt voraus, daß das Gesetz einem nicht glücklichen Sprachgebrauche folge, der „Bestimmung" nennt, was er besser als „Tauglichkeit", „Eignung" bezeichnen sollte. Da regelmäßig eine Sache verschiedenartigstem Gebrauche zugänglich ist, kann, wenn von der Gebrauchbarkeit einer Sache auf bestimmte Personen geschlossen werden soll, nur an den sachgemäßen, normalen Gebrauch gedacht sein. Dem Wortlaute des Gesetzes nach könnte man nun zunächst annehmen, daß die Sachen nur zum Gebrauche der Frau unter Ausschluß aller anderen Menschen geeignet sein dürften. Diese Auslegung, die wohl auch nirgends vertreten ist, ist schon deshalb abzulehnen, weil, wie später gelegentlich des Wortes „ausschließlich" gesagt werden wird, das Gesetz nur den Gegensatz zum Manne im Auge hat.

Ebensowenig scheint die Auslegung vertreten zu sein, daß die Sachen zum Gebrauche der bestimmten Frau, nicht aber zum Gebrauche des bestimmten Mannes, geeignet sein dürften. Die wandelbaren Worte des Gesetzes stehen einer solchen Auslegung nicht im Wege. Sie lassen auch die vielfach (u. a. Opet-v. Blume § 1362,2) gegebene Auslegung zu, nach der die Sachen auf den Gebrauch durch eine Frau hinweisen, den „Geradecharakter" haben müssen. Beide Auslegungen aber scheinen deshalb unmöglich, weil sie nicht einmal auf die Beispiele der „Kleider und Schmucksachen", geschweige denn auf die

„Arbeitsgeräte“ passen. Denn es wird nicht bezweifelt werden, daß, von ganz besonderen, hier nicht in Betracht kommenden Umständen abgesehen, die Vermutung zugunsten der Frau alle von ihr getragenen Kleider und Schmucksachen umfassen soll. Nach der letzterwähnten Auslegung aber wären eine von der Frau getragene Kopfbedeckung nicht ausgesprochen weiblichen Charakters und ihre Fingerringe, wenn sie zufällig auch dem Manne passen, von der Vermutung des § 1362 Abs. 2 ausgeschlossen. Für die Sachen mit Geradecharakter kann danach nur die Besonderheit gelten, daß bei ihnen im allgemeinen die Feststellung der „ausschließlichen“ Bestimmung zum persönlichen Gebrauche der Frau leichter sein wird, als bei anderen.

So scheint nichts übrig zu bleiben, als zuzugeben, daß der Ausdruck des Gesetzes nicht nur ungenau, sondern sprachlich falsch ist, und, in Ermangelung eines annehmbaren Wortsinnes, nach dem Begriffe zu suchen, den das Gesetz hat ausdrücken wollen. Da das Geltungsgebiet der Vermutung des § 1362 Abs. 1 durch einen objektiven Maßstab, den des Besitzes, bestimmt wird, spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der zweite Absatz einen ebensolchen aufstellen wolle, zumal ein brauchbarer subjektiver Maßstab nicht erfindlich scheint. Die Auffindung des objektiven Merkmals scheint durch einen verbreiteten, wenngleich unentschuldbaren, Sprachgebrauch erleichtert zu werden. Sehr häufig nämlich werden Gegenstände, die dem Gebrauche eines Menschen tatsächlich dienen, in unklarer Vermischung mit einem subjektiven Merkmale als „zu seinem Gebrauche bestimmt“ bezeichnet. Man sagt von Räumen, in denen jemand ein Geschäft tatsächlich betreibt, sie seien zum Betriebe seines Geschäftes bestimmt, ohne danach zu fragen, wem das Recht zustehe, über die Räume Bestimmungen zu treffen. In diesem Sinne scheint auch das Gesetz den Ausdruck zu meinen, und diese Auslegung scheint allein einen annehmbaren Maßstab zu bieten. Die Feststellung der Tatsache des

Gebrauches durch die Frau unter Ausschluß des Mannes scheint ohne besondere Schwierigkeit möglich zu sein, und der Vorwurf der Unbilligkeit gegen den Mann oder einen Dritten kann dieser Auslegung nicht gemacht werden, da sie, wenn ihnen das Bestimmungsrecht über die Sachen zusteht, es in der Hand haben, die Frau am (ausschließlichen) Gebrauche derselben zu hindern.

Wann eine Unterbrechung des Gebrauchs die „Bestimmung zum Gebrauche der Frau" im Sinne des Gesetzes aufhebt, muß von Fall zu Falle nach den Umständen entschieden werden. Wenn z. B. der Geschäftsbetrieb zwecks Neuausstattung des Ladens unterbrochen wird, wird die Aufhebung der „Bestimmung" auch zum „persönlichen" Gebrauche der Frau in dem unten angegebenen Sinne zu verneinen sein. Nach einer ähnlichen Richtung hin bedarf die gegebene Auslegung einer Ergänzung. Unzweifelhaft wird die zweite Vermutung auch auf ein im Schrank der Frau hängendes, für sie gearbeitetes Kleid, welches sie noch nicht in Gebrauch genommen hat, oder auf ein unfertiges, noch beim Schneider für sie in Arbeit befindliches Kleid auszudehnen sein. Diese Ausdehnung ist auch dem Sprachgebrauche eigen, dem das Gesetz zu folgen scheint. Er nennt z. B. auch einen Kaufladen, welchen die Frau hat einrichten lassen, ohne ihn bereits zu benutzen, oder einen solchen, der erst gebaut wird, „zum Gebrauche der Frau bestimmt". Daher scheinen die Worte des Gesetzes zu bedeuten: im Gebrauche der Frau befindlich, zu ihrem Gebrauche bereitliegend oder in Vorbereitung für den Gebrauch der Frau. Freilich wird in den letzteren Fällen, sofern nicht die Beschaffenheit der Sachen einen Gebrauch durch die Person der Frau unter Ausschluß des Mannes wahrscheinlich macht, die Feststellung schwer sein, daß sie in dem unten anzugebenden Sinne „ausschließlich" und „persönlich" von der Frau gebraucht werden sollen.

Diese Auslegung scheint nirgends ausdrücklich vertreten zu werden; sie scheint aber insbesondere Plancks

Ausführungen zugrunde zu liegen, der, wenn auch nur in den Fällen, wo die Beschaffenheit der Sachen keine Auskunft gibt, den „tatsächlichen Gebrauch“ entscheiden läßt (§ 1362,5).

Das Wort „ausschließlich“ verbietet an sich allen übrigen Personen den Mitgebrauch. Da es aber im Zusammenhange lediglich auf den Gegensatz der Frau zum Manne ankommt, scheint die gewöhnliche Meinung, die zur Erfüllung des Tatbestandes nur den Ausschluß des Mannes vom Mitgebrauche fordert, dem Willen des Gesetzes zu entsprechen (vgl. Planck § 1362,5). Daher werden z. B. Arbeitsgeräte nicht dadurch der Vermutung zugunsten der Frau entzogen, daß sie den Angestellten ihres Geschäfts den Mitgebrauch gestattet.

Der Gebrauch scheint aber auch dann nicht dem Manne gegenüber ausschließlich zu sein, wenn der Mann die Sache zwar nicht gebraucht, der Gebrauch aber ganz oder teilweise zu seinem Nutzen geschieht. Daher wird von der gewöhnlichen Meinung eine Nähmaschine, welche von der Frau, wenn auch nur teilweise, zum Nutzen der „Gesamtfamilie“ gebraucht wird, mit Recht von der Vermutung ausgenommen (v. Staudinger § 1366,3d).

Zum lebhaftesten Streite hat das Wort „persönlich“ Anlaß gegeben. Der wichtigste Streitpunkt scheint aber mit Unrecht an die Erörterung dieses Wortes geknüpft zu werden, dessen Begriffsbestimmung einfach und fast unbestreitbar zu sein scheint. „Persönlich“ als Beiwort zu „Gebrauch“ scheint sprachlich gar nichts anderes bedeuten zu können, als daß der Gebrauch unmittelbar durch die Frau in Person erfolgen muß, während ein durch einen Vertreter geschehender Gebrauch nicht genügt; so auch die herrschende Meinung (vgl. Planck § 1362,5). Dernburg sagt von der herrschenden Meinung, sie setze persönlich gleich leiblich (vgl. § 40 I, 2 und die Sonderabhandlung). Dieser Ausdruck scheint nicht glücklich, da es sich nicht um den Gegensatz „leiblich – geistig“, sondern um den anderen „unmittelbar in Person – mittelbar durch einen

Vertreter" handelt. Dernburg übersetzt seinerseits „persönlich" mit „selbstständig" und hält es für gleichgültig, ob die Frau eine Sache in Person oder durch andere gebraucht. Er stützt seine Meinung darauf, daß das Gesetz neben den Kleidern und Schmucksachen auch die Arbeitsgeräte als Beispiel anführe. Da aber Arbeitsgeräte nicht weniger als Kleider und Schmucksachen zum Gebrauch in Person geeignet sind, sämtliche Gegenstände aber darin übereinstimmen, daß sie im allgemeinen auch einem anderen zum Gebrauche überlassen werden können, scheint Dernburgs Begründung nicht zutreffend. Sie scheint insoweit nicht eine Auslegung, sondern eine willkürliche Veränderung des Gesetzes zu sein, das vielmehr seinem Wortlaute nach unzweifelhaft die Voraussetzung nur auf solche Sachen erstrecken will, die zum Gebrauche durch die Frau in Person bestimmt sind.

Nun scheinen aber die streitenden Parteien mit dieser Frage die andern zu vermengen, ob alle beweglichen Sachen für die Vermutung zugunsten der Frau geeignet sind, oder ob gewisse Sachen durch ihre Beschaffenheit der Wirksamkeit des § 1362 Abs. 2 entzogen werden. Dernburg beantwortet sie in dem zuerst angegebenen Sinne und dehnt die Bestimmungen der §§ 1362 Abs. 2 und 1366 insbesondere auf das gesamte Geschäftsvermögen der Frau aus mit der hier nicht zu erörternden Einschränkung, daß es von ihr rechtmäßig zum Geschäftsvermögen „bestimmt" sei. Seiner Auslegung hat sich das OLG. Dresden in der Entscheidung vom 27. 1. 04 (R. OLG. Bd. 9, 148) angeschlossen, und auch das Reichsgericht scheint ihr in der Entsch. v. 29. 9. 04 (Bd. 59, 26) zuzuneigen. Die herrschende Meinung behauptet dem gegenüber, an gewissen Sachen, insbesondere an Geld, sei kein persönlicher Gebrauch möglich (vgl. Staudinger, § 1366,$_{2c}$).

Diese Frage aber scheint mit der Auslegung des Wortes „persönlich" nichts zu tun zu haben; denn von gewissen Ausnahmen abgesehen, von denen hier nicht die Rede ist, ist jede Sache an sich geeignet, von der Frau per-

sönlich gebraucht zu werden, gleichgültig, ob man persönlich mit „selbständig“ oder mit „leiblich“ übersetzt. Insbesondere scheint es vergeblich, wenn die herrschende Meinung das Geld von den durch die §§ 1362 Abs. 2 und 1366 betroffenen Sachen mit der Begründung ausnehmen will, daß am Gelde kein persönlicher Gebrauch möglich sei; vielmehr gebraucht, wer das Geld ausgibt, es sowohl leiblich als unmittelbar in Person. Insoweit hätte Dernburg die von der herrschenden Meinung gegebene Auslegung des Wortes „persönlich“ gar nicht zu bekämpfen brauchen; denn nach dem Gesagten erscheint es unzweifelhaft, daß insoweit allein seine Meinung durch den Wortlaut des Gesetzes gestützt wird. Gleichwohl scheint die herrschende Meinung im Rechte zu sein, wenn sie eine Einschränkung machen will. Denn überwiegende Gründe scheinen mit genügender Deutlichkeit dafür zu sprechen, daß der Wille des Gesetzes ein anderer ist, als es nach seinen Worten scheint. Der § 1362 Abs. 2 sowohl wie der § 1366 sind Ausnahmevorschriften, und aus ihrem Zusammenhange scheint sich zu ergeben, daß die Ausnahmen nach dem Willen des Gesetzes nicht so umfangreich sein sollen, als es seinem Wortlaute entsprechen würde. Da sich gelegentlich des § 1366 keine gewichtigeren Gründe für die vertretene Auslegung zu ergeben scheinen als aus dem Zusammenhange des § 1362,2, soll nur die letztere, hier allein einschlägige Bestimmung herangezogen werden.

Wenn die in Gütertrennung lebende Frau, wozu sie regelmäßig unbeschränkt in der Lage ist, ihre beweglichen Sachen dem Manne gegenüber ausschließlich in Gebrauch nähme, so wäre nach dem Wortlaute des Gesetzes die Bestimmung des § 1362 Abs. 1 hinsichtlich des Vermögens der Frau gegenstandslos. Nun schiene es höchst erwünscht, wenn die Frau gegen den Schaden, mit dem die Vermutung des § 1362 Abs. 1 sie bedroht, wenigstens in der Gütertrennung in möglichst weitem Umfange geschützt wäre. Hätte das Gesetz aber eine so starke

Beschränkung des § 1362 Abs. 1 bestimmen wollen, so schiene es folgewidrig, daß es ihr nur die im unmittelbaren Gebrauche der Frau selbst befindlichen Sachen entzogen hätte. Der dem § 1362 Abs. 2 der Wortauslegung nach zugrunde liegende Gedanke hätte dazu führen müssen, auch die Sachen, welche die Frau unter Ausschluß des Mannes, etwa durch Geschäftsangestellte, gebraucht, von der Vermutung zugunsten der Gläubiger des Mannes zu befreien. Ausschlaggebend aber scheint folgende Erwägung. Wenn der Abs. 2 des § 1362 nach dem Willen des Gesetzes einen so großen, dem Anwendungsgebiete des Abs. 1 fast ebenbürtigen Kreis von Sachen umfassen sollte, so hätte das Gesetz keinesfalls zugunsten des Eigentums der Frau eine weitergehende – nämlich auch der Frau selbst, nicht nur ihren Gläubigern, dienstbare – Vermutung aufgestellt, als für das Eigentum des Mannes. Überall insbesondere lehnt das Gesetz den Gedanken ab, daß die Frau als der schwächere Teil stärker geschützt werden müsse. Vielmehr räumt das Gesetz, wo es überhaupt einen der Ehegatten vor dem anderen bevorzugt, teils aus geschichtlichen, teils aus im Wesen der Ehe liegenden Gründen dem Manne die günstigere Stellung ein. Daher scheint es unzweifelhaft, daß sein Ausdruck über seinen Willen hinausgeht, und es scheint erforderlich, nach der vom Gesetze gewollten Einschränkung zu suchen.

Aus den Materialien ist eine bestimmte Anwort auf die vorliegende Frage nicht zu entnehmen. Immerhin wird die Ansicht, daß das Gesetz eine so allgemeine Vermutung für das Eigentum der Frau, als es nach seinem Wortlaute scheint, nicht hat aufstellen wollen, durch die Entstehungsgeschichte bestätigt; es wird auf die unter diesem Gesichtspunkte geschehende eingehende Erörterung der Entstehungsgeschichte der vorliegenden Bestimmung bei Ullmann (S. 6 ff.) verwiesen.

Es liegt nahe, in den vom Gesetze gegebenen Beispielen den Maßstab zu suchen, nach welchem der Wortsinn des Gesetzes zu beschränken ist, wie ja überhaupt die Tat-

sache, daß das Gesetz Beispiele anführt, es zwar nicht gewiß, wohl aber sehr wahrscheinlich macht, daß es einen, auch abgesehen von den bisher besprochenen Erfordernissen, beschränkten Kreis von Sachen meint.

Wenn das Gesetz sich auf die Anführung von Kleidern und Schmucksachen beschränkte, so läge der Schluß nahe, daß es nur solche Sachen meine die zur „Ausstattung der leiblichen Person der Frau" dienen (Dernburg § 40, I, 2). Diese Vermutung wird durch das Beispiel der Arbeitsgeräte widerlegt, das seinerseits auf Sachen hinzuweisen scheint, deren sachgemäßer Gebrauch, wenn der Ausdruck gestattet ist, im hantieren besteht. Die ersten Beispiele zeigen aber, daß auch dieses Erfordernis dem Willen des Gesetzes nicht entspricht.

Wieder scheint ein willkürlicher Sprachgebrauch den rechten Weg zu zeigen. Wenn ein Kaufmann aus seinem Tuchlager ein Stück Stoff entnimmt, um sich ein Kleidungsstück daraus zu machen, so sagt man, daß er dieses Stück – im Gegensatze zu den übrigen Stoffen – „in Gebrauch genommen" habe. Mit diesem Sprachgebrauche stimmt das von der herrschenden Meinung für die Sachen, welche von der Bestimmung des § 1362,2 auszunehmen seien, gegebene Beispiel des Warenlagers überein (vgl. Planck § 1362,5). Neben dem Warenlager wird, wie schon erwähnt, von der herrschenden Meinung, deren Vertreter freilich keinen allgemeinen Grundsatz aufstellen, nach welchem sich entscheidet, ob eine Sache in der hier erörterten Beziehung den Tatbestand des § 1362 Abs. 2 erfüllt, in erster Linie Geld als kennzeichnendes Beispiel angeführt. Es kann aber nicht richtig sein, wenn die herrschende Meinung gewisse Gattungen von Sachen von der Vermutung zugunsten der Frau ausschließt; denn es ist unzweifelhaft, daß z. B. das Stück Tuch, welches die Frau wie in dem vorherigen Beispiele aus ihrem Stofflager entnimmt, um sich ein Kleidungsstück daraus zu arbeiten, und welches also bis dahin nicht zu den „ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen"

gehörte, jetzt geeignet ist, den Tatbestand des § 1362 Abs. 2 zu erfüllen. Es kann vielmehr nur auf eine bestimmte Art des Gebrauches ankommen.

Keinesfalls aber sind, wie es nach den Beispielen der herrschenden Meinung nahe läge, alle Sachen, die verbraucht werden, der Vermutung des § 1362,2 entzogen; denn sachliche Gründe lassen es nicht glaublich erscheinen, daß das Gesetz z. B. für den Federhalter und das Tintenfaß der Schriftstellerin eine Vermutung zugunsten ihres Eigentums, für ihre Tinte aber eine Vermutung zugunsten des Mannes aufstellen wolle. Man wird vielmehr im Sinne des erwähnten Sprachgebrauchs und der Beispiele der herrschenden Meinung nur sagen können, daß ein Gebrauch, der im Weggeben der Sache besteht, nicht geeignet ist, den Tatbestand des § 1362,2 zu erfüllen.

Diese Auslegung entspricht nicht dem allgemeinen Sprachgebrauche des Gesetzes, das vielmehr z. B. im § 92 BGB. „Verbrauch" und „Veräußerung" ausdrücklich als „Gebrauch" bezeichnet. Es scheint auch nicht möglich mit Sicherheit zu beweisen, daß das Gesetz diese Einschränkung wolle. Da es aber, wie vorher ausgeführt, erforderlich ist, eine Einschränkung zu machen, scheint diese Auslegung sich aus inneren Gründen zu empfehlen; denn in der Tat scheint ein sonstiger Gebrauch, insbesondere der Gebrauch von „Kleidern, Schmucksachen und Arbeitsgeräten", den Gebrauchenden in ein engeres Verhältnis zu der Sache zu bringen, als ein Gebrauch, der im Fortgeben der Sache besteht.

Das Geschäftsvermögen der Frau ist danach auch in der Gütertrennung nur unter besonderen Voraussetzungen, keineswegs, wie nach Dernburgs Auslegung, immer und in seiner Gesamtheit, von der Vermutung für das Eigentum des Mannes befreit und durch die Vermutung zugunsten der Frau geschützt, und für das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen des § 1362,2 hat die Frau die Beweislast, wenn sie sich auf seine Vermutung beruft.

Auch die Eintragung der einzelnen Bestandteile des Geschäftsvermögens in das Güterrechtsregister ist nicht geeignet, die Vermutung für das Eigentum des Mannes zu entkräften; denn die Eintragungen im Güterrechtsregister sind nur insoweit wirksam, als das Register zu ihrer Aufnahme bestimmt ist. Gemäß §§ 1431 und 1435 ist aber nur der Vertrag einzutragen, durch welchen die Gütertrennung vereinbart wird, während eine etwaige Aufzeichnung der einzelnen Vermögensstücke nur unmaßgebliche tatsächliche Angaben der Eheleute enthält (vgl. Kammergericht 15. 3. 06, R. OLG. Bd. 12, 303).

Ein Vermögensverzeichnis entkräftet zwar auch nicht die Vermutung des § 1362,1, erleichtert aber immerhin erheblich den Gegenbeweis. Die Aufnahme und regelmäßige Ergänzung eines Verzeichnisses des Geschäftsvermögens wird daher im allgemeinen für die Geschäftsfrau ratsam sein (vgl. Planck § 1362,7).

§ 22. Der § 45 der Konkursordnung.

Eine dem § 1362,1 verwandte Bestimmung, welche in ihrem Anwendungsgebiete in die Wirkungen der beiden Vermutungen des § 1362 verändernd eingreift, enthält der § 45 KO. Er bestimmt für den Konkurs des Mannes:

„Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind."

Die Bestimmung umfaßt „zwei materielle Rechtssätze in der Form einer einheitlichen Beweisregel", nämlich die Rechtsvermutung, daß die Frau alle Vermögensgegenstände, die sie während der Ehe erworben hat, mit Mitteln des Mannes erworben habe, und die Fiktion, daß alles, was die Frau während der Ehe mit Mitteln des Mannes erworben hat, als dem Manne gehörend gilt (vgl. Jäger § 45 A. 2 und 3).

Nach einstimmiger und einwandfreier Auslegung ist der Ausdruck „in Anspruch nehmen" nicht nur so zu ver-

stehen, daß die Frau die Aussonderung der betroffenen Gegenstände nicht verlangen kann, sondern sie darf, wenn sie in ihrem Besitze sind, ihre Herausgabe zur Konkursmasse nicht verweigern (Jäger § 45 A. 3). Im Gegensatze zum § 1362 BGB. bezieht sich der § 45 KO. auch auf unbewegliche Sachen und auf Rechte.

Da das Geschäftsvermögen häufig, wie etwa bei einem Verkaufsgeschäfte, stetem Wechsel unterworfen ist, fast niemals aber dauernd auf seinen ursprünglichen Bestand beschränkt bleiben wird, wird von der weitgehenden Benachteiligung der Frau durch den § 45 KO. keineswegs nur ein solches Geschäft, dessen ursprüngliche Vermögensgrundlage die Frau erst während der Ehe erworben hat, sondern im allgemeinen jedes einer Vermögensgrundlage bedürftige Geschäft der Frau bedroht.

Die Widerlegung der durch den § 45 aufgestellten Vermutung liegt der Frau ob. Die Bestimmung gilt aber nur dann, wenn feststeht, daß die Frau die umstrittenen Gegenstände während der Ehe erworben hat, und die Beweislast hierfür trägt der Gegner der Frau. Diese freilich bestrittene Auslegung scheint allein mit den Worten des Gesetzes vereinbar (vgl. Jäger § 45 A. 15).

Der Ausdruck „Mittel des Mannes" bezeichnet keinen rechtlichen, sondern einen wirtschaftlichen Begriff, Vermögenswerte, die dem Manne gehören oder ihm zukommen (vgl. Jäger § 45 A. 7 und die dort gegebenen Beispiele). Er verlangt einen Kausalzusammenhang zwischen dem Erwerbe der Frau und einer Verringerung der Mittel des Mannes (vgl. Sarvey-Boßert § 45, 7, 1). Immer aber muß es sich um einen „Erwerb der Frau mit Mitteln des Mannes", also um einen Erwerb durch ein von der Frau mit einem Dritten abgeschlossenes Geschäft, handeln. Hat der Mann einen Gegenstand von einem Dritten für die Frau erworben, so liegt kein „Erwerb der Frau", und hat sie ihn vom Manne selbst erhalten, so liegt kein Erwerb „mit Mitteln" des Mannes vor (vgl. Jäger § 45 A. 9 – 11). Zutreffend erscheint auch die bestrittene Auslegung, daß

die Frau berechtigt sei, die mit Mitteln des Mannes erworbenen Gegenstände durch Erstattung der dem Manne entzogenen Mittel, und zwar auch nach Eröffnung des Konkurses durch Erstattung zur Masse, von der Fiktion des § 45 zu befreien; denn nach Beseitigung der Vermögenseinbuße des Mannes liegt im wirtschaftlichen Sinne kein „Erwerb mit Mitteln des Mannes" mehr vor (vgl. Jäger § 45 A. 7 und Dernburg § 36 A. 15). Die Frau hat hiernach, wenngleich unter Eintausch eines anderen Verlustes die Möglichkeit, etwa für ihren Geschäftsbetrieb unentbehrliche Gegenstände zu retten, wodurch die Unbilligkeit der im § 45 KO. bestimmten Zurücksetzung der Frau hinsichtlich der Fiktion – nicht auch hinsichtlich der Vermutung – wesentlich gemildert zu werden scheint.

Im Streite um die Zugehörigkeit eines von der Frau während der Ehe erworbenen Gegenstandes zur Konkursmasse des Mannes steht der Frau gegebenenfalls zunächst die Vermutung des § 1362,1 BGB. entgegen. Gelingt ihr dieser gegenüber der Nachweis ihres Eigentums, oder genießt sie den Schutz des § 1362,2, so bleibt doch die weitere Vermutung bestehen, daß der Gegenstand mit Mitteln des Mannes erworben sei (vgl. Jäger § 45, 5 u. 6). Mißlingt der Frau der Gegenbeweis, so muß sie, ebenso wie in dem Falle, daß sie den Gegenstand wirklich mit Mitteln des Mannes erworben hat, sich gefallen lassen, daß er zur Konkursmasse des Mannes gezogen wird.

Ist der Gegenstand nur teilweise mit Mitteln des Mannes erworben, so trifft bei Teilbarkeit des Gegenstandes die Vorschrift des § 45 nur einen entsprechenden Teil desselben. Ist er unteilbar, so kann, was freilich bestritten ist, die Fiktion nur bewirken, daß er als dem Manne „mitgehörend" gilt, sodaß eine Auseinandersetzung gemäß § 16 KO. stattzufinden hat (vgl. Jäger § 45, A. 8).

Zutreffend erscheint auch die Auslegung, daß trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung die der Frau gehörenden Gegenstände, welche das Gesetz der Zwangsvollstreckung gegen die Frau entzieht, ihr nach dem

Zwecke dieser Vorschriften auch im Konkurse des Mannes nicht weggenommen werden dürfen (vgl. Jäger § 45 A. 3 u. 6). Nach Maßgabe des § 811 ZPO. sind hiernach z. B. die Arbeitsgeräte und die Geschäftsbücher der Frau auch gegen den § 45 KO. geschützt.

§ 23. Vertragliche Beschränkungen der §§ 1362,1 BGB. und 45 KO. zugunsten des Geschäftsvermögens der Frau.

Selbstverständlich ist, daß die Eheleute nicht eigenmächtig die durch die §§ 1362,1 BGB. und 45 KO. den Gläubigern des Mannes auf Kosten der Frau gewährten Vorteile beseitigen können. Die herrschende Meinung spricht der Frau auch die Möglichkeit ab, sich durch Vertrag mit den Gläubigern des Mannes von jenen Vorschriften zu befreien (vgl. v. Staudinger § 1362,II). Wenn aber der Beweislastvertrag für bestimmte Rechtsstreite grundsätzlich zulässig ist, so scheint kein Grund vorzuliegen, eine mit dieser Beschränkung auf Ausschließung der der Frau nachteiligen Vermutungen gerichtete Vereinbarung der Frau mit den Gläubigern des Mannes zu beanstanden, da insbesondere die zuletzt erwähnten Bestimmungen keineswegs Folgerungen aus dem Wesen der Ehe sind (vgl. Opet-v. Blume § 1362,3f). Freilich ist damit der Frau sehr wenig geholfen, da sie sich selbst durch Vereinbarungen mit allen gegenwärtigen Gläubigern des Mannes nicht in vollem Umfange schützen kann.

§ 24. Schluß.

Die Betrachtung der beruflichen Rechtslage der Frau hat deutlich das Bestreben des Gesetzes erkennen lassen, der Frau die Möglichkeit zu nutzbringender Betätigung auch außerhalb ihres Hauses zu sichern. Vollkommen gelungen erscheint dieses Bestreben in dem weiten Anwendungsgebiete des § 1353 BGB., wo ihr jede mit dem Wesen der Ehe vereinbare Bewegungsfreiheit gewährleistet ist. Auch die durch den § 1358 bedingten Benachteiligungen des Berufes der Frau schienen wenigstens

zum Teile durch den Wert dieser Vorschrift für die Sicherung des Ehelebens gerechtfertigt zu werden. Härter schon machte sich die Starrheit des ehelichen Güterrechtes selbst in den wenigen Bestimmungen des Rechtes der Gütertrennung geltend, die insbesondere es dem Manne ermöglichen, durch schuldhaftes Verhalten das Vermögen der Frau mit einer ihr dem Wesen der Ehe nach nicht zukommenden Unterhaltspflicht zu belasten. Am bedenklichsten aber erscheinen, abgesehen von der Regelung des Vormundschaftsrechtes bezüglich der Frau, die zuletzt besprochenen Vermutungen des § 1362,1 und des § 45 KO., die auch die Vermögensgrundlage des Berufes der Frau der ständigen Gefahr aussetzen, ganz entgegen dem Sinne der Gütertrennung den Gläubigern des Mannes zum Opfer zu fallen. Auch gegenüber der Vermutung des § 1362,1 ist es der Frau selbst durch die vollkommenste Sicherstellung der Gläubiger des Mannes gegen die ihnen bei Vermischung des Vermögens der Eheleute drohenden Nachteile nicht möglich, sich ihrerseits gegen die Gefahren jener Vorschrift völlig zu sichern. Immerhin macht der § 1362 in seinem zweiten Absatze wenigstens den Versuch, die Härten gegen die Frau zu mildern, während die Beibehaltung der der allgemeinen Richtung des neuen Rechtes gegenüber folgewidrigen Vermutung des § 45 KO. bei der Änderung dieses Gesetzes gelegentlich des BGB. insbesondere gegen die berufstätige Frau um so unbilliger erscheint, als den Gläubigern des Mannes schon durch den § 1362 BGB. mehr als ausreichender Schutz gewährt wird.

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 4 Aufl, 1904.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Band IV, 1908.

Dernburg, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl., 1908.

Dernburg, „Sind die einem selbständigen Erwerbsgeschäfte einer Ehefrau bestimmten Sachen Vorbehaltsgut?" Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 465.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl, 1908.

Eichhorn, Der Missbrauch am Familienrecht des BGB. Das Recht, 1905, S. 831.

Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Band II, 8/9. Aufl., 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 8/9. Aufl, 1908.

Goldmann, „Darf der Ehemann die Briefe seiner Frau öffnen?" Deutsche Juristenzeitung, 1903, S. 69.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band II, Materialien zum HGB.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl., 1904.

K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1908.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB., Band IV, Familienrecht.

Neumann, Handausgabe des BGB, 5. Aufl., 1909.

Opet-v. Blume, Das Familienrecht des BGB., 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1906.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Falkmann und Mugdan).

v. Sarvey-Bossert, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1901.

Schmidt, Hedemann und Fuchs, Familienrecht, 1907.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 11. Aufl., 1908.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., 1906.

v. Staudingers Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 5/6. Aufl., 1909.

Strübe, Das Kündigungsrecht des Ehemannes im Sinne des § 1358 BGB., in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Band 48, S. 295.

Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland, 1901.

Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv für bürgerliches Recht, Band 26, S. 54

Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, 1900.

Lebenslauf.

Ich bin am 29. Februar 1884 in Breslau geboren, preußischer Staatsangehöriger und evangelisch.

Von Ostern 1890 bis Michaelis 1902 habe ich das Magdalenen-Gymnasium in Breslau besucht und darauf drei Semester in Breslau Theologie und je drei Semester in Tübingen und Breslau die Rechte studiert.

Seit dem 4. Juli 1907 bin ich Referendar, zurzeit beim Amtsgericht Breslau.

Walther Tröger.